Die Grenzen der Nachprüfbarkeit bei der weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

dargestellt in Anlehnung an die neue Revisionslehre

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Vorgelegt von

Hans Zemlin
Gerichtsreferendar in Berlin

Halle (Saale) 1934

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14

Die Grenzen der Nachprüfbarkeit bei der weiteren Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

dargestellt in Anlehnung an die neue Revisionslehre

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Vorgelegt von

Hans Zemlin
Gerichtsreferendar in Berlin

Halle (Saale) 1934

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV.
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0061

INHALT

Seite

A. Einleitung 1

a) Die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die weitere Beschwerde des Zivilprozeßrechts und die Revision 1

b) Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung . . . 3

c) Der Zweck des drittinstanzlichen Rechtsmittels . . 4

B. I. Die Nachprüfbarkeit der Feststellung des Gesetzestatbestandes 6

a) Die Verwaltungsvorschriften 6

b) Die Soll- (Ordnungs-) Vorschriften 7

c) Die Verfahrensvorschriften 7

d) Die Gesetzesänderung 8

e) Das ausländische Recht 9

f) Die typischen Rechtsgeschäfte 10

g) Die Denkgesetze und Erfahrungssätze 12

II. Die Nachprüfbarkeit des Rechtsfolgeermessens . . . 13

a) Der Begriff des Ermessens 13

1. Das Rechtsfolge- und Tatbestandsermessen . . . 13

2. Das freie und gebundene Ermessen 14

b) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht . 15

c) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit 17

d) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme . . . 20

III. Die Nachprüfbarkeit der Subsumtion (des Tatbestandsermessens) 24

a) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht . 24

b) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit 29

c) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme . . . 32

IV. Die Nachprüfbarkeit der Beweiswürdigung . . . 38

a) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht . 38

b) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit 39

c) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme . . . 40

V. Die Nachprüfbarkeit der Auslegung 41

a) Der Begriff der Auslegung 41

b) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht . 42

c) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit 45

d) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme . . . 48

A.
Einleitung

a) Die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die weitere Beschwerde des Zivilprozeßrechts und die Revision.

Die weitere Beschwerde in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet im wesentlichen ihre gesetzliche Grundlage in den §§ 27 FGG und 78 GBO. Danach ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht; die Vorschriften der §§ 550, 551, 561 und 563 ZPO finden entsprechende Anwendung. Von diesen Bestimmungen erläutert § 550 ZPO die §§ 27 FGG und 78 GBO dahin, daß eine Gesetzesverletzung vorliegt, falls eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Daneben sind bei einigen wenigen Verfügungen die Vorschriften über die weitere Beschwerde der Zivilprozeßordnung, die im § 568 ZPO geregelt ist, maßgebend; so auf dem Gebiet des Vereins- und Genossenschaftsrechts: bei Zurückweisung der Anmeldung eines Vereins (§ 60 Abs. 2 BGB), der Eintragung einer Satzungsänderung (§ 71 Abs. 2 BGB), ferner bei der Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins (§ 73 Abs. 1 BGB) und bei der Auflösung einer Genossenschaft (§ 80 Abs. 2 GenG).

Zieht man die Bestimmungen anderer Prozeßordnungen über die Rechtsmittel der dritten Instanz zum Vergleich heran, so ergibt sich zunächst, daß die weitere Beschwerde der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der weiteren Beschwerde des Zivilprozeßrechts sich in wesentlichen Punkten unterscheidet, soweit nicht in den bereits angeführten Fällen die §§ 568 ff. ZPO für maßgebend erklärt sind. Denn die weitere Beschwerde in der Zivilprozeßordnung ist im Gegensatz zur weiteren Beschwerde der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur zulässig, soweit in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist (§ 568 Abs. 2 ZPO); andererseits kann sie nicht wie diese bloß auf die Nicht- oder nicht richtige Anwendung einer Rechtsnorm gestützt werden. Diese beiden weiteren Beschwerden lassen sich daher nicht miteinander in Vergleich setzen[1]).

Die §§ 27 FGG und 78 GBO lehnen sich vielmehr in ihrem Wortlaut an die Bestimmungen der Straf- und Zivilprozeßordnung über die Revision an. Denn § 337 StPO schreibt vor, daß die Revision nur darauf gestützt werden könne, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe, und daß das Gesetz verletzt sei,

[1]) Vgl. Schlegelberger Vorb. zu §§ 19—30 Anm. 4.

wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden sei. In der Zivilprozeßordnung finden wir eine gleiche Vorschrift in den §§ 549 Abs. 1 und 550 ZPO [2]). Daraus ist zu entnehmen, daß die weitere Beschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein der Revision verwandtes Rechtsmittel darstellt. Dies trifft umsomehr zu, als die §§ 27 FGG und 78 GBO eine entsprechende Anwendung verschiedener Revisionsbestimmungen der Zivilprozeßordnung vorschreiben [3]) [4]).

Das Wesen der weiteren Beschwerde und der Revision läßt sich nicht ohne weiteres aus den gesetzlichen Bestimmungen ersehen. Anhaltspunkte ergeben sich zwar aus den Vorschriften der bereits angeführten §§ 337 StPO, 549, 550 ZPO und ferner aus dem § 561 Abs. 2 ZPO, wonach für das Revisionsgericht die Feststellung eines Berufungsgerichts bindend ist, daß eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, es sei denn, daß in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist [5]). Daraus läßt sich aber nur folgern, daß der dritten Instanz [6]) gegenüber der Berufungsinstanz, der eine erneute Behandlung des Rechtsstreits in vollem Umfange obliegt, eine Einschränkung des Nachprüfungsrechts eigentümlich ist [7]). Wo jedoch die Grenze zwischen dem nachprüfbaren und nicht nachprüfbaren Teil einer Entscheidung zu ziehen ist, ob insbesondere die Subsumtion in vollem Umfange, die Auslegung von Willenserklärungen und die sogen. Ermessensentscheidungen einer Nachprüfung unterliegen, darüber gibt das Gesetz im einzelnen keine Auskunft.

---

[2]) Hier gilt nur die Einschränkung, daß die Revision die Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes verlangt, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt (§ 549 Abs. 1 ZPO).

[3]) Vgl. Carlebach § 27, 1; Josef S. 232; Lent, Fr. Gerichtsb. S. 19.

[4]) Zum Vergleich läßt sich ferner die Vorschrift des § 86 ArbGG anführen, die die weitere Beschwerde im Beschlußverfahren in Sachen der Arbeitsgerichtsbarkeit regelt. Hiernach kann ebenfalls die weitere Beschwerde nur darauf gestützt werden, daß der Beschluß des Arbeitsgerichts auf der Nicht- oder nicht richtigen Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung beruhe. Das Beschlußverfahren der Arbeitsgerichtsbarkeit weist manche Aehnlichkeit mit dem Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit auf und wird daher auch vielfach als „freiwillige Gerichtsbarkeit" bezeichnet (Vgl. Karger in JW 1928 S. 1644; Flatow-Joachim § 80 Anm. 1). Insofern ist eine Heranziehung dieser Vorschrift gerechtfertigt und insofern dürfen die Ergebnisse dieser Abhandlung auch dort Geltung beanspruchen.

[5]) Die Annahme, daß trotz Fehlens dieser Bestimmung in der Strafprozeßordnung die Revision des Straf- und Zivilprozeßrechts als gleichartig anzusehen ist und gleichen Grundsätzen zu folgen hat, begegnet keinen Bedenken, da nach dem Zweck der Straf- und Zivilprozeßordnung ein Grund für eine Verschiedenheit nicht zu finden ist. (Stein, Priv. Wiss. S. 110).

[6]) Im folgenden ist unter der „dritten Instanz" nur die Revision und die weitere Beschwerde der freiwilligen Gerichtsbarkeit und unter der „weiteren Beschwerde" nur die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verstehen.

[7]) So auch Mannheim S. 8; Grünberg S. 6.

b) Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung.

Obwohl diese Fragen von großer Wichtigkeit für das Rechtsleben sind, sind sie erst seit kurzer Zeit Gegenstand eingehender Untersuchungen geworden. Weder in der Zeit des Inkrafttretens der Prozeßordnungen noch späterhin scheint die Bedeutung des drittinstanzlichen Rechtsmittels in der Wissenschaft erkannt worden zu sein. Anders ist es nicht verständlich, daß nur wenige Abhandlungen sich mit diesem Gebiet beschäftigt haben [8]). Daß aber manche Fragen einer Durcharbeitung und Klärung bedurften, beweist die Abhandlung von Boyens über die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage, die er anläßlich des 25jährigen Bestehens des Reichsgerichts verfaßt hat, und in der er auf die Verschiedenartigkeit der Rechtsprechung der einzelnen Senate hinweist [9]). Doch es blieb auch diese Anregung ohne Wirkung. Man überließ es weiterhin der Rechtsprechung, die Lücken, die das Gesetz gelassen hatte, nach ihren Gutdünken auszufüllen. Erst nachdem fast 25 Jahre verstrichen waren, ging die Wissenschaft ernsthaft daran, sich mit den Revisionsbestimmungen und der Rechtsprechung hierzu auseinander zu setzen. An erster Stelle ist hier Mannheims überaus anregende Schrift „Beiträge zur Lehre von der Revision" (1925) zu erwähnen. Dieser Abhandlung sind viele Untersuchungen auf dem Gebiete des Straf- und Zivilprozeßrechts gefolgt, die wertvolle Erkenntnisse enthalten.

Die dort gefundenen Ergebnisse sollen nun in der vorliegenden Abhandlung für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nutzbar gemacht werden, indem in vergleichender Weise die Rechtsprechung auf dem Gebiet der Revision und der weiteren Beschwerde dargestellt werden soll, und indem im Anschluß hieran unter kritischer Stellungnahme zum Schrifttum der Revisionslehre und der weiteren Beschwerde die Grundsätze klargelegt werden sollen, nach denen das Gericht der weiteren Beschwerde die Vorentscheidungen nachzuprüfen hat. Diese Arbeit muß einmal getan werden, damit man aus der hier herrschenden Grundsatzlosigkeit herauskommt: Denn die Rechtsprechung zum FGG hat, wie wir später sehen werden, keine festen Grundsätze hinsichtlich des Nachprüfungsrechts der dritten Instanz entwickelt, sondern entscheidet von Fall zu Fall nach dem Gefühl; ihr ist vielleicht eine Durcharbeitung dieser Fragen im einzelnen nicht zuzumuten. Aber auch die Kommentare bieten im wesentlichen nur eine oftmals zusammenhanglose Aufzählung von Entscheidungen, ohne zu diesen kritisch Stellung zu nehmen oder aus ihnen allgemeingültige Grundsätze zu entwickeln. An monographischen Bearbeitungen dieses Gebietes schließlich fehlt es mit Ausnahme eines

---

[8]) Hier sind im wesentlichen nur Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung; Kries, Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses; und Stein, Das private Wissen des Richters, zu nennen.

[9]) Die Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate am Reichsgericht in den ersten 25 Jahren des Reichsgerichts.

Aufsatzes über die Rechtsmittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus dem Jahre 1911 völlig [10])

c) Der Zweck des drittinstanzlichen Rechtsmittels.

Den Erörterungen über die einzelnen Probleme sollen einige Bemerkungen über den Zweck der weiteren Beschwerde als drittinstanzlichen Rechtsmittels vorangestellt werden, weil mangels der gesetzlichen Bestimmungen über das Wesen der dritten Instanz hierauf bei der Stellungnahme zu einzelnen Punkten zurückzugreifen sein wird. Die weitere Beschwerde wird ebenso wie die Revision im Straf- und Zivilprozeßrecht von der Partei eingelegt; sie stellt also ein echtes Rechtsmittel dar, das der Partei dazu dienen soll, eine nochmalige Entscheidung über die Richtigkeit der bisherigen Beurteilung zu erwirken. Als Ziel ist demnach einmal die Berichtigung von Fehlentscheidungen anzusehen [11])

Aber diesem Zweck dient die dritte Instanz nicht allein; dies zeigt das Bestreben des Gesetzgebers, die Entscheidungen über die weitere Beschwerde wie die über die Revision möglichst einem Gericht zu übertragen. Für die Revision ergibt sich dies aus den §§ 121, 133, 135 und 136 GVG. Bezüglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmen die §§ 7 und 8 pr. FGG i. V. mit § 199 FGG, daß für die Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in Preußen das Kammergericht zuständig ist, insbesondere auch für Grundbuchsachen und für diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ,welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind. Hieraus wie aus der Tatsache, daß die dritte Instanz nicht eine erneute Nachprüfung des gesamten Streitfalles vorzunehmen hat (§ 561 Abs. 2 ZPO), ist zu folgern, daß als weiterer Zweck der dritten Instanz die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu bezeichnen ist [12])

Mannheim hält den Gerechtigkeitszweck für den vorherrschenden [13]); ein Recht, so führt er aus, das wie die geltende Strafprozeßordnung dem Angeklagten die Befugnis gibt, auf seine Kosten und Gefahr Revision einzulegen, muß billigerweise den Gerechtigkeitszweck auch dann berücksichtigen, wenn er mit dem Rechtseinheitszweck in Widerspruch gerät; denn von einem Rechtsmittel des Angeklagten dürfe man nicht verlangen, daß es sich unter die ausschließliche Herrschaft des Rechtseinheitszweckes stelle. Demgemäß befürwortet er die Nachprüfbarkeit der Vorentscheidungen in möglichst großem Umfange, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob hierdurch der Einheitszweck gefährdet wird oder nicht.

Einer solchen Ansicht kann nicht beigetreten werden: denn die Rechtseinheit wird nicht um ihrer selbst willen gefordert; das Streben hiernach findet seinen inneren Grund vielmehr in dem Verlangen

[10]) Unger, die Rechtsmittel im Verfahren der Fr. Ger. in ZZP 42, 104 ff.
[11]) Vgl. Stein-Jonas, Anm. vor § 545 ZPO; Mannheim S. 2.
[12]) Vgl. Stein-Jonas, Vorb. vor § 545 ZPO; Pohle S. 81.
[13]) Mannheim S. 2.

nach Rechtssicherheit: durch einheitliche Auslegung und Anwendung der Gesetze soll eine stetige Rechtsprechung geschaffen werden, die eine möglichst große Sicherheit im Rechtsverkehr gewährleistet. Die Schaffung und Erhaltung von Rechtssicherheit liegt nun vor allem im Interesse der Allgemeinheit. Demgegenüber muß das Verlangen des Einzelnen nach erneuter Nachprüfung seines Einzelfalles zurücktreten [14]). Wenn Mannheim hiergegen ausführt [15]), daß dem Einzelnen nicht zuzumuten sei, seine Interessen zugunsten des formalen Wertes der Rechtssicherheit zurückzustellen, so ist ihm entgegenzuhalten, daß die Allgemeinheit an den Einzelnen höhere Anforderungen zu stellen berechtigt ist, als daß dieser eine — nur teilweise — Verweigerung der Nachprüfung eines bereits ein- oder zweimal beurteilten Rechtsfalles hinnimmt. Aus diesem Grunde wird bei der Frage, in welchem Umfange die Vorentscheidungen durch das Gericht der dritten Instanz nachprüfbar sind, in erster Linie der Rechtseinheits- und Rechtssicherheitszweck zu berücksichtigen sein.

Unter Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte soll im folgenden zunächst die Frage erörtert werden, in welchem Umfange die Feststellung des Gesetzestatbestandes selbst (der Rechtsnorm) die weitere Beschwerde begründet (I). Sodann wird zu behandeln sein, wo bei dem Rechtsfolgeermessen (II), der Subsumtion (Tatbestandsermessen) (III), der Beweiswürdigung (IV) und schließlich bei der Auslegung von Erklärungen (V) die Grenze zwischen dem nachprüfbaren und nicht nachprüfbaren Teil für das Gericht der weiteren Beschwerde verläuft.

---

[14]) Vgl. hierzu Pohle S. 80 ff.
[15]) S. 29/30.

B.

I. Die Nachprüfbarkeit der Feststellung des Gesetzestatbestandes.

Aus dem Wortlaut der §§ 27 FGG und 78 GBO folgt für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie aus den §§ 337 StPO und 549 ZPO für die Revision, daß eine Gesetzesverletzung jedenfalls dann vorliegt, wenn der gesetzliche Tatbestand selbst (die Rechtsnorm) falsch festgestellt ist, sei es, daß die Bedeutung einer Norm als Rechtsnorm verkannt ist, sei es, daß ein Rechtssatz falsch ausgelegt ist, oder daß seine örtliche oder zeitliche Herrschaft unrichtig bestimmt worden ist. Dies ist auf allen Gebieten unstreitig[16]. Immerhin tauchen einige Fragen auf, die an den Begriff der Rechtsnorm anknüpfen und einer kurzen Erörterung bedürfen.

a) Die Verwaltungsvorschriften.

Die Rechtsnormeigenschaft einer Bestimmung ist nicht abhängig von der Form, in der diese erlassen ist. Rechtsnormen sind in gleicher Weise die Gesetze wie die Rechtsverordnungen und das Gewohnheitsrecht[17]. Zweifel ergeben sich aber in der Hinsicht, ob auch die sogen. Verwaltungsvorschriften Rechtsnormcharakter haben. Das Kammergericht führt hierzu aus in

KGJ Bd. 29, S. 215 E. 1:

„Die Verfügung des preußischen Justizministers über die Führung der Handelsregister vom 7. XI. 1899 trägt den Charakter einer Rechtsverordnung und nicht einer bloßen Verwaltungsverfügung; sie ist eine nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts des Deutschen Reiches über die Quellen des objektiven Rechts in gültiger Weise geschaffene Norm des objektiven Rechts. Danach steht diese Verfügung den in verfassungsmäßiger Form erlassenen Gesetzen in Bezug auf die Anwendung des § 27 FGG in Verbindung mit § 550 ZPO gleich[18]."

Dem hier entwickelten Grundsatz beizutreten, bestehen keine Bedenken. Man wird demgemäß bei Verwaltungsvorschriften zu ermitteln haben, ob sie ihrer Entstehung und ihrem Inhalt nach die in der Entscheidung angeführten Voraussetzungen der Rechtsverordnungen erfüllen. Trifft dies zu, so wird auch durch die Verletzung einer Verwaltungsvorschrift die weitere Beschwerde begründet. Betreffen hingegen die Anordnungen der Verwaltungsorgane nur den inneren Dienst der Verwaltung und der Beamten, schaffen sie also kein objektives Recht, so

[16]) Vgl. Stein-Jonas § 549 III B, 1; Rosenberg § 146 III, 2a; Loewe-Rosenberg § 337 Anm. 4a; Schlegelberger § 27 Anm. 7.
[17]) Schlegelberger § 27 Anm. 4.
[18]) Vgl. ferner RGZ Bd. 48 S. 84 (III. ZS) E. 2.

haben sie keinen Rechtsnormcharakter, und es kann auf ihre Verletzung die weitere Beschwerde nicht gestützt werden [19]).

b) Die Soll- (Ordnungs-) Vorschriften.

Für den Begriff der Rechtsnorm kommt es weiterhin nicht darauf an, ob es sich um eine Muß- oder Soll- (Ordnungs-) Vorschrift handelt. Bezüglich der Ordnungsvorschriften wird der Rechtsnormcharakter zwar von Loewe-Rosenberg [20]) verneint, weil ihre Befolgung nicht zwingend vorgeschrieben sei. Für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit vertritt Dorner [21]) den gleichen Standpunkt. Diese Ansicht wird durch eine ältere Entscheidung des Reichsgerichts unterstützt, in der es heißt:

> RGSt Bd. 42 S. 168 (II. StS) E. 4.
>
> „Aus dem Begriff der Ordnungsvorschrift ergibt sich, daß im Sinne des § 376 StPO die Vorschrift des § 256 StPO keine Rechtsnorm ist, und daß ihre Nichtbefolgung, welche stets durch die Lage des Falles veranlaßt sein kann, keine Gesetzesverletzung enthält. Die Revision kann also niemals darauf gestützt werden."

Dieser Meinung ist aber entgegenzuhalten, daß die Rechtsnormeigenschaft einer Vorschrift zu bejahen ist, sofern diese in gesetzmäßiger Form erlassen ist und objektives Recht schafft, mag der Gesetzgeber nun eine unbedingte Befolgung vorschreiben oder eine Ermächtigung gewähren, im Einzelfalle unter Abweichung von der Regelvorschrift anders zu verfahren. Ueberwiegend werden daher mit Recht für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie für die Revision auch die Ordnungsvorschriften als Rechtsnormen angesehen [22]).

c) Die Verfahrensvorschriften.

Es macht ferner keinen Unterschied, ob das Gesetz durch einen Verstoß gegen das materielle Recht oder gegen eine prozeßrechtliche Vorschrift verletzt ist [23]). Für die Nachprüfbarkeit bei Verletzung von Verfahrensvorschriften gelten aber besondere Bestimmungen. So wird in den §§ 344, 352 StPO und 554, 559 ZPO vorgeschrieben, daß das Revisionsgericht die Tatsachen, die den Prozeßmangel enthalten, und die bei Anbringung der Anträge bezeichnet sind, zu prüfen hat, während sonst das Revisionsgericht neue Tatsachen nicht berücksichtigen darf. Das Reichsgericht setzt sich verschiedentlich über diese gesetzlichen Bestimmungen hinweg; charakteristisch hierfür sind mehrere Entscheidungen, in denen eine Be-

---

[19]) Vgl. Förster-Kann, ZPO Bd. II § 549 Anm. 1 a; RGZ Bd. 79 S. 154 (II. ZS) E. 3.

[20]) Vgl. § 337 Anm. 3 a.

[21]) § 27 Anm. 5 a.

[22]) Vgl. Mannheim S. 142; Schlegelberger § 27 Anm. 5; Unger § 43 II B, 1 b; Jellinek S. 113–14.

[23]) Vgl. Loewe-Rosenberg § 337 Anm. 3 b; Rosenberg § 116 III, 2 b; Schlegelberger § 27 Anm. 5; Grünberg S. 35.

rufung verworfen wird, weil der Angeklagte „ohne genügende Entschuldigung" ausgeblieben ist. (§ 329 StPO). Hier wird ausgeführt:

RGSt Bd. 61 S. 175 (I. StS) E. 5.

„Durch das angefochtene Urteil ist die Berufung nach § 329 StPO verworfen worden, weil der Angeklagte trotz Ladung ohne genügende Entschuldigung nicht zur Berufungsverhandlung erschienen sei. Die Revision macht geltend, die Voraussetzungen des § 329 hätten nicht vorgelegen. Diese Frage unterliegt zwar nach der tatsächlichen Seite nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts, wohl aber ist das Urteil dann aufzuheben, wenn das Gericht den Begriff der genügenden Entschuldigung oder den Begriff des Ausbleibens verkannt und somit aus Rechtsirrtum die Voraussetzungen für ein Urteil nach § 329 StPO als gegeben angenommen hätte."

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden; denn es handelt sich um einen prozeßrechtlichen Verstoß, falls eine Berufung gemäß § 329 StPO verworfen wird, obwohl der Angeklagte genügend entschuldigt ist. Wie das Gesetz deutlich erkennen läßt, ist die Frage, ob ein solcher Verstoß begangen ist, nur unter Hinzunahme der tatsächlichen Lage, in der der fehlerhafte Prozeßschritt getan ist, zu entscheiden [24]). Prozessual gleichliegend ist der Fall, in dem das Gericht unter der Feststellung, daß ein 14jähriger Zeuge 17 Jahre alt sei, diesen beeidigt. Wie das Revisionsgericht an diese Feststellung nicht gebunden ist und Beweis über das Alter des Zeugen zu erheben hat, um überhaupt das Vorliegen des Prozeßverstoßes feststellen zu können, so hat es stets bei Prozeßverstößen, auch im Falle des § 329 StPO, zu verfahren [25]).

Da in § 27 FGG auf die Vorschrift des § 561 ZPO und damit auf § 551 ZPO verwiesen ist, so sind in der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Behandlung prozessualer Verstöße die gleichen Grundsätze zu beachten wie auf dem Gebiet der Revision, d. h. das Gericht der weiteren Beschwerde ist bei Prozeßverstößen an die Feststellungen des Untergerichts, die die Prozeßlage ergeben, nicht gebunden. Hierauf ist umsomehr hinzuweisen, als das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Gegensatz zum Zivilprozeßrecht (§ 558 ZPO i. V. mit § 295 ZPO) die Heilung eines Verfahrensmangels durch Unterlassung rechtzeitiger Rüge nicht kennt.

d) Die Gesetzesänderung.

Hinsichtlich des zeitlichen Geltungsbereichs kann es zweifelhaft sein, welches Gesetz als maßgebend anzuwenden ist, wenn sich die Rechtsnorm in der Zeit zwischen dem Erlaß der Beschwerdeentscheidung und der Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde, bzw. zwischen dem Erlaß der Berufungs- und Revisionsentscheidung geändert hat. Zu dieser Frage nimmt das Reichsgericht grundsätzlich folgende Stellung ein:

[24]) Vgl. Alsberg in JW 1930 S. 67 Anm. zu 18; Beling in JW 1931 S. 948 Anm. zu 21.

[25]) Beling, Festschr. f. Binding Bd. II S. 165.

RGZ Bd. 45 S. 421 (VI. ZS) E. 6.

„Ob eine richterliche Entscheidung eine Rechtsnorm verletzt hat, muß vom Standpunkt desjenigen Rechts aus beurteilt werden, das zur Zeit der Verkündung dieser Entscheidung galt; die gegenteilige Meinung widerspricht durchaus dem Sprachgebrauch, nach welchem es ausgeschlossen erscheint, einem Richter eine Gesetzesverletzung beizumessen, wenn er das Recht, das er anzuwenden verpflichtet war, richtig angewendet hat."

Dieser Entscheidung sind mehrere auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gefolgt, die die Grundsätze des Zivilprozeßrechts in diesem Punkt angewendet wissen wollen [26]). Die Ansicht des Reichsgerichts und der anderen Gerichte verdient aber keinen Beifall. Denn als maßgebend ist diejenige Rechtslage anzusehen, die zur Zeit der Entscheidung der Rechtsmittelinstanz besteht. Ist das in diesem Zeitpunkt geltende Gesetz nicht angewendet worden, ist die Revision bzw. die weitere Beschwerde als begründet anzusehen. Ohne Bedeutung muß es bleiben, daß der Richter der angefochtenen Entscheidung auch das richtige Gesetz angewendet hat. Denn zur Entscheidung steht nicht die richtige oder falsche Tätigkeit des Richters, sondern ob das den Parteien oder Beteiligten vom Gesetz zuerkannte Recht ihnen gewährt worden ist oder nicht. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn das zur Zeit der Rechtsentscheidung geltende Gesetz außer Betracht gelassen wird. In den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit scheint mir dies Ergebnis auch aus einem anderen Grunde gerechtfertigt zu sein: Grundsätzlich nämlich sind die Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht der materiellen Rechtskraft fähig, sodaß auf einen neuen Antrag eine neue Entscheidung in derselben Sache herbeigeführt werden kann. Es kann daher derjenige, dessen weitere Beschwerde zurückgewiesen wird, mittels eines neuen Verfahrens den von ihm mit der weiteren Beschwerde gewünschten Erfolg herbeiführen, da nunmehr das neue Gesetz zugrunde zu legen ist. Damit würde aber die Zurückweisung der weiteren Beschwerde eine überflüssige Entscheidung darstellen und lediglich eine Verzögerung des Verfahrens herbeiführen [27]).

e) Das ausländische Recht.

Für die freiwillige Gerichtsbarkeit ergibt sich bezüglich des örtlichen Geltungsbereichs als weiterer Streitpunkt die Frage, ob auch das ausländische Gesetz als eine Rechtsnorm anzusehen ist, auf deren Verletzung die weitere Beschwerde gestützt werden kann. Die Zivilprozeßordnung enthält eine ausdrückliche Bestimmung im § 549 ZPO, wonach die Verletzung eines Reichsgesetzes die Voraussetzung der Revision ist. In der Strafprozeßordnung ist eine derartige Einschränkung nicht zu finden; hier besteht daher keinerlei Streit, daß die Revision auch mit der Verletzung eines ausländischen Rechts begründet werden kann.

[26]) So z. B. OLG Bd. 42 S. 182 E. 7; KGJ Bd. 53 S. 8 E. 8.

[27]) Vgl. Schlegelberger § 16 Anm. 8; Josef S. 259; Hellwig § 239 III, 3 d; Dersch-Volkmar § 86 Anm. 3.

Obwohl nun im § 27 FGG nicht auf § 549 ZPO verwiesen ist, wird vielfach angenommen, daß entsprechend der Regelung der Zivilprozeßordnung auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Verletzung ausländischen Rechts nicht zur Begründung der weiteren Beschwerde herangezogen werden dürfe. So wird in einer Entscheidung des Kammergerichts[28]) ausgeführt, daß sich der Ausdruck „Gesetz" im § 27 FGG ungezwungen nur auf die inländische Rechtsordnung beziehen lasse, weil der Zweck der Zulassung der weiteren Beschwerde, die Beförderung einheitlicher Rechtsprechung bezüglich des ausländischen Rechts, gänzlich entfällt[29]). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die Einheitlichkeit der Rechtsprechung auch dann gefährdet wird, wenn das gemäß den deutschen Gesetzen anwendbare Auslandsrecht von den deutschen Gerichten in verschiedener Weise ausgelegt wird[30]). Es ist daher aus dem Umstand, daß § 27 FGG die Vorschrift des § 549 ZPO nicht anführt, zu schließen, daß auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die weitere Beschwerde auf Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden kann[31]).

f) Die typischen Rechtsgeschäfte.

Wegen der großen Bedeutung, welche der Rechtsnorm für die dritte Instanz zukommt, ist bisweilen der Versuch unternommen worden, den Begriff der Rechtsnorm zu erweitern, um auf diese Weise die Vorentscheidungen in größerem Umfange der dritten Instanz zugänglich zu machen. So hat Danz[32]) in seinem Buch „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" das Rechtsgeschäft der Rechtsnorm gleichstellen und hierauf eine Nachprüfbarkeit auch der Vertragsauslegung herleiten wollen. Seine Ansicht ist aber mit Recht allseitig abgelehnt worden[33]). Denn das Rechtsgeschäft kommt durch die Abgabe einer oder mehrerer Privatwillenserklärungen zustande und hat nur zwischen den Parteien dieses Rechtsgeschäfts Geltung; die Rechtsnorm hingegen wird durch einseitige Anordnung des Staates oder eines anderen dazu ermächtigten Organs geschaffen und beansprucht allgemeine Geltung. Wegen dieser wesentlichen Verschiedenheit hinsichtlich der Entstehung und des Geltungsbereichs ist eine Gleichsetzung des Rechtsgeschäfts mit der Rechtsnorm nicht zu rechtfertigen.

In neuerer Zeit ist die Frage aufgetaucht, ob man nicht wenigstens unter die Rechtsnormen die sogen. typischen Rechtsgeschäfte rechnen könne. Hierunter werden solche Rechtsgeschäfte verstanden, die in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken in übereinstimmender Form vorkommen, wie die allgemeinen Vertragsabreden der

[28]) KGJ Bd. 49 S. 244 E. 9; im Anschluß hieran Unger, ZZP Bd. 43 S. 128; dagegen Schlegelberger § 27 Anm. 6.
[29]) Ebenso OLG Bd. 42 S. 182 E. 10 u. OLG Bd. 31 S. 274 E. 11.
[30]) KGJ n. F. Bd. 8 S. 119 E. 12.
[31]) Wie hier Schlegelberger § 27 Anm. 6; Güthe-Triebel § 78 Anm. 7; Josef S. 233.
[32]) 1. Aufl. S. 48.
[33]) Vgl. Mannheim S. 134 ff.; Oertmann, Rechtsordn. u. Verk. S. 511; Manigk S. 172.

Versicherungsgesellschaften, der Banken, der Spediteurverbände und anderer wirtschaftlicher Vereinigungen[34]). Das Reichsgericht hat eine eindeutige Stellungnahme hierzu bisher nicht erkennen lassen. So hat es ausgeführt in

RGZ Bd. 81 S. 118 (VII. ZS) E. 13.

„Die allgemeinen Versicherungsbedingungen sind dazu bestimmt, jedem einzelnen Versicherungsnehmer gegenüber Vertragsinhalt zu werden und alle Vertragsverhältnisse der entsprechenden Art in den in Betracht kommenden Punkten übereinstimmend zu regeln. Jedem Versicherungsnehmer ist nach gesetzlicher Vorschrift vor Abschluß des Vertrages ein Exemplar der maßgebenden allgemeinen Versicherungsbedingungen auszuhändigen. Hierdurch erfährt er, daß in den geregelten Punkten nicht eine Sonderabmachung mit ihm erfolgen, sondern daß er sich Bestimmungen unterwerfen soll, die als allgemeine N o r m festgestellt sind, und die im gleichen Sinne eine Vielheit anderer bereits bestehender oder künftiger Vertragsverhältnisse beherrschen oder beherrschen sollen."

Anders dagegen heißt es bezüglich eines Bergwerkstatuts in

RGZ Bd. 86 S. 284 (V. ZS) E. 14.

„Das Statut enthält die Verfassung, die sich innerhalb der vom Gesetz zugelassenen Grenzen das Bergwerk beigelegt hat. Es ist nicht, wie das knappschaftliche Statut, eine Rechtsnorm, sondern es liegt auf privatrechtlichem Gebiet und hat durchweg Vertragsnatur."

Einen strengen Standpunkt hinsichtlich des Rechtsnormbegriffes haben auch die Strafsenate des Reichsgerichts eingenommen. So werden in RGSt Bd. 52 S. 42 (V. StS) E. 15 die Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft nicht für Rechtsnormen erklärt, weil sie keine verbindliche Kraft gegenüber der Allgemeinheit haben, sondern lediglich die Pflichten regeln, die für die Mitglieder der Berufsgenossenschaft gegenüber bestehen[35]).

Das Schrifttum hat sich bis vor kurzem — wenigstens für das geltende Recht — einer Ausdehnung des Rechtsnormbegriffes auch auf die typischen Rechtsgeschäfte gegenüber ablehnend verhalten[36]). Neuerdings haben jedoch Rühl in seiner Schrift „Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft" und Großmann-Doerth in seiner Abhandlung „Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht" eine Gleichsetzung der typischen Rechtsgeschäfte und des staatlichen Rechts zu rechtfertigen versucht. Zur Begründung führen beide an, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie das staatliche Recht, eine Macht darstellen, welche von außen das Vertragsverhältnis bestimme; denn die Mitglieder eines bestimmten Wirtschaftszweiges seien oft fast vollzählig in einem Verbande organisiert und durch diesen gezwungen, die Geschäftsbedingungen des Verbandes unabänderlich ihren Verträgen zugrunde zu legen[37]). Rühl stützt seine Ansicht ferner noch darauf,

---

[34]) Vgl. RGZ. Bd. 111 S. 278 (VI. ZS) s. unt. S. 44 E. 102.
[35]) Vgl. ferner RGSt Bd. 53 S. 134 (V. StS) E. 16.
[36]) Vgl. Mannheim S. 135; er ist de lege ferenda anderer Ansicht.
[37]) Vgl. Rühl S. 20; Großmann-Doerth S. 5.

daß die Wirksamkeit von Geschäftsbedingungen nach der herrschenden Lehre auch dann bejaht werde, wenn die allgemeinen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses in Wahrheit nicht gegeben seien; so sollen ordnungsgemäß veröffentlichte allgemeine Geschäftsbedingungen für die Kunden des veröffentlichenden Unternehmens gelten — ohne Rücksicht darauf, ob diese die Veröffentlichung kannten oder nicht[38]).

In dieser Allgemeinheit wird aber die von Rühl angeführte Ansicht nirgends vertreten, und sie dürfte sich auch schwerlich aufrecht erhalten lassen. Im übrigen steht einer Gleichsetzung der allgemeinen Vertragsabreden mit den Rechtsnormen die Tatsache im Wege, daß einer Rechtsnorm die Verbindlichkeit durch eine Anordnung des Staates oder eines hierzu ermächtigten Organs zuerkannt sein muß[39]. Diese Voraussetzung trifft aber für die allgemeinen Vertragsabreden nicht zu, da den wirtschaftlichen Verbänden bisher eine solche Befugnis vom Staat nicht gewährt ist.

g) Die Denkgesetze und Erfahrungssätze.

In diesem Zusammenhange soll schließlich das Verhältnis der Denkgesetze und Erfahrungssätze zu dem Begriff der Rechtsnorm einer Prüfung unterzogen werden. Unter den Denkgesetzen sind die allgemein anerkannten Regeln für die Bildung von Begriffen, Urteilen und dergl. zu verstehen. Erfahrungssätze dagegen sind die Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung und Bildung, sowie auch die Regeln einer besonderen Fach- und Sachkunde; sie sind teils aus der Beobachtung des Lebens abgeleitet, teils stellen sie die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung oder einer gewerblichen oder künstlerischen Tätigkeit dar[40]) [41]).

Von den Revisionsgerichten sind sowohl die Denkgesetze wie die Erfahrungssätze in einzelnen Entscheidungen als Rechtsnormen angesehen worden[42]); so heißt es in

JW 1932 S. 1026 (OLG Stuttgart) E. 17.

„Die Auslegung einer Erklärung ist, soweit sie auf den allgemeinen Gesichtspunkten der Sprach- und Denkgesetze sowie der allgemeinen Lebenserfahrung beruht, der Nachprüfung unterworfen. Diese Gesichtspunkte gelten als Rechtsnormen im Sinne des § 337 StPO."

---

[38]) Rühl S. 20/21.
[39]) Vgl. Laband S. 11.
[40]) Vgl. Rosenberg § 114 III, 1.
[41]) Alsberg betont in JW 1932 S. 3070 Anm. zu 18, daß eine Grenzziehung zwischen den Denkgesetzen und Erfahrungssätzen nicht immer einfach ist. Für eine scharfe Trennung tritt dagegen von der Pfordten ein (Ztschr. f. Rpfl. in Bay. Bd. 15 S. 300).
[42]) Im Schrifttum scheint Heinzheimer (Festschr. f. Klein S. 135) dieser Meinung zuzuneigen; bejahend ferner Oertmann (Rechtsordnung u. Verk. S. 519) unter Hervorhebung des Unterschiedes zwischen lokalen u. allgemeinen Erfahrungssätzen u. Verkehrssitten.

Der Gedanke der Rechtsnorm wird ferner hervorgehoben in

RGZ Bd. 103 S. 142 (III. ZS) E. 18.

„In der Auffassung des Berufungsrichters ist kein Verstoß gegen eine revisible Rechtsnorm zu finden. Unter der Verkehrsauffassung, auf die die Entscheidung gestützt wird, kann nicht eine allgemeine verstanden werden, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegen würde; sondern nur eine in Groß-Berlin bestehende örtliche. Denn die in Betracht kommenden Verhältnisse liegen in den verschiedenen Großstädten durchaus nicht gleich, und die Berliner Richter können ihre Entscheidungen nur auf die ihnen bekannten Verhältnisse Groß-Berlins gestützt haben. Die Feststellung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt einer solchen örtlichen Verkehrsauffassung entzieht sich aber der Nachprüfung des Revisionsgerichts, und zwar auch dann, wenn man in ihr nicht lediglich etwas Tatsächliches findet, da auch die Entscheidung des Berufungsrichters über das Bestehen und den Inhalt einer derart örtlich begrenzten Rechtsnorm gemäß § 549 ZPO für die Revisionsinstanz bindend ist."

Diese Entscheidungen sind aber vereinzelt geblieben. Grundsätzlich wird in Schrifttum und Rechtsprechung eine Gleichsetzung der Denkgesetze und Erfahrungssätze mit den Rechtsnormen als selbstverständlich abgelehnt; sie werden vielmehr als Normen angesehen, die dem Richter als Maßstab für die Beurteilung der Lebensvorgänge dienen, ohne Rechtsnormen zu sein[43]). Daher ist eine Nachprüfbarkeit nicht aus dem Grunde gegeben, weil es sich bei ihnen um Rechtsnormen handelt. Inwieweit ihre Verletzung sonst die weitere Beschwerde wie die Revision zu begründen vermag, wird später untersucht werden.

II. Die Nachprüfbarkeit des Rechtsfolge-Ermessens.

a) Der Begriff des Ermessens.

1) Weit größere Schwierigkeiten als bei dem Rechtsnormbegriff ergeben sich bei der Frage, inwieweit die Subsumtion der Lebensvorgänge unter die Begriffe der Gesetze und der Ausspruch der Rechtsfolgen einer Nachprüfung durch die dritte Instanz unterliegen. Hierbei ist davon auszugehen, daß die Rechtsordnung einerseits in den Normen der Gesetze dem Richter Anweisungen gibt, — und zwar entweder in eindeutiger oder in mehr oder weniger unbestimmter Weise —, und daß andererseits dem Richter verboten ist, nach Willkür zu urteilen. Innerhalb dieser Grenzen ist dem Richter das Beurteilen selbst überlassen, ist ihm Entscheidungsfreiheit gewährt, ist ihm „Ermessen" zuerkannt[44]).

Solchem Ermessen begegnen wir einmal, wie wohl keiner näheren Darlegung bedarf, außer bei der Beweiswürdigung in vielen Vorschriften über den Ausspruch der Rechtsfolgen, so z. B. bei der

---

[43]) Vgl. Mannheim S. 75; Loewe-Rosenberg § 337 Anm. 3 c; Pagendarm S. 11/12; JW 1932 S. 3618 (IX. ZS. s. unten S. 39. E. 82).
[44]) Vgl. Drost S. 13; Pagendarm S. 50.

Strafzumessung ,außerdem in der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts und schließlich allgemein bei Prozeßverfügungen (Rechtsfolgeermessen). Daneben findet sich richterliches Ermessen aber auch in den Tatbeständen des Gesetzes (Tatbestandsermessen). Denn der Gesetzgeber hat bei den Begriffen, die er nicht eindeutig bestimmt hat, es offen gelassen, welche Vorgänge im einzelnen unter sie subsummiert werden können. Für den Zweifelsfall hat er die Entscheidung hierüber dem Richter freigestellt, so z. B. ob ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, eine schwere Eheverfehlung enthält, aber auch ob etwas ein Gebäude, eine Willenserklärung u. dgl. darstellt[45]).

2) Von einigen Schriftstellern wird innerhalb des Ermessens zwischen freiem und gebundenem Ermessen unterschieden und das freie Ermessen für schlechthin nicht nachprüfbar erklärt[46]). Hier ist vor allem Laun[47]) anzuführen. Für gesetzlich gebunden hält er[48]) die Tätigkeit eines öffentlichen Organs, wenn das Gesetz selbst die unmittelbaren Zwecke des behördlichen Handels bestimmt; der Richter habe dann ohne Rücksicht auf das, was er selbst für zweckmäßig und billig halte, lediglich das zu vollziehen, was nach seinem besten Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte. Dies trifft nach seiner Meinung bei der Feststellung von unbestimmten Begriffen, bei der Strafzumessung und auch bei der Prozeßleitung zu. Freies Ermessen liegt nach Laun dagegen vor, wenn der Gesetzgeber nicht imstande ist, im voraus auch nur indirekt durch Vorzeichnung eines zu verfolgenden Zweckes festzulegen, welches das geeignetste, opportunste staatliche Verhalten in einer Angelegenheit ist; während also im Gebiet der gesetzlichen Gebundenheit der Gesetzgeber ein für allemal festgesetzt habe, was künftig in der konkreten Frage das öffentliche Interesse erheische, hat er hier die Behörde ermächtigt, unbeeinflußt vom Gesetz selbst zu bestimmen, was öffentliches Interesse sein soll. Hierunter zählt er z. B. die Begnadigung.

Eine derartige Unterscheidung zwischen einem gebundenen und einem völlig schrankenlosen, in keiner Hinsicht nachprüfbaren Ermessen ist aber nicht anzuerkennen; denn die Rechtsordnung gibt dem Richter nirgends eine Entscheidungsfreiheit ohne jede Rechtsschranke; in keinem Fall kann die Ermächtigung an ihn soweit gehen, daß er unbeeinflußt vom Gesetz selbst Bestimmungen zu treffen berechtigt sein soll, da hier ein Fall der Willkür vorliegen würde[49]).

[45]) Vgl. Drost S. 29; Heilbron S. 18; auch Mannheim S 150; Jellinek (S. 36/37) definiert: freies Ermessen ist die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustande gekommene, individuelle Abgrenzung eines unbestimmten Begriffes.

[46]) Soweit dieser Unterschied gemacht wird, aber eine Nachprüfbarkeit bejaht wird, soll hierauf später eingegangen werden. s. unten S. 36.

[47]) Vgl. hierzu auch Mannheim S. 148 u. Pohle S. 56.

[48]) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen S. 258.

[49]) Vgl. Drost S. 42.

Hinsichtlich der Nachprüfbarkeit der Ermessensentscheidungen wird man daher zu untersuchen haben, wo bei den einzelnen Tätigkeiten des Richters, also bei dem Ausspruch der Rechtsfolgen, der Subsumtion und der Beweiswürdigung, die Grenzen zwischen dem nachprüfbaren und nicht nachprüfbaren Teil verlaufen. Hierbei soll die Nachprüfbarkeit des Rechtsfolgeermessens an erster Stelle behandelt werden, weil hier das Wesen der Ermessensentscheidung am deutlichsten zum Ausdruck kommt und daher die Grenzen für die Nachprüfbarkeit am besten festzustellen sind.

b) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht.

Die Rechtsprechung der Revisionsgerichte bietet hinsichtlich der Frage, wieweit die Rechtsfolgeermessensentscheidungen nachprüfbar sind, folgendes Bild:

1) Als grundlegend ist anzusprechen die Entscheidung

JW 1930 S. 3448 (OLG Hamburg) E. 19.

„Nun ist allerdings nach § 467 Abs. 2 StPO die Frage der Erstattung der dort genannten Auslagen grundsätzlich in das Ermessen des Landgerichts gestellt. Ob und inwieweit solche Ermessensfragen revisibel sind, ist bestritten. In RG Rspr. Bd. 6 S. 533 wird mit aller Schärfe ausgesprochen, daß die Entscheidung als eine in das Ermessen gestellte, sich jeder Nachprüfung des Revisionsgerichts entziehe. RGSt Bd. 45 S. 63 geht von einem pflichtmäßigen Ermessen des Richters aus, gestattet keine Prüfung der Angemessenheit der Entscheidung und etwaiger für sie sprechender Billigkeitsgründe, läßt aber die Revisionsmöglichkeit wegen vorgefundenen Rechtsirrtums mindestens offen. Erheblich viel weiter geht das Bayerische OLGSt Bd. 19 S. 73/74, wo es ausspricht: Die Anwendung des § 467 Abs. 2 StPO ist an sich Ermessensfrage, jedoch der Nachprüfung des Revisionsgerichts dann nicht entzogen, wenn sie auf einer rechtsirrigen Erwägung des Tatrichters beruht.

Dieser Ansicht schließt sich der erkennende Senat an. Für die Ermessensfrage des § 467 Abs. 2 StPO kommen nicht allein Tatsachen und Erwägungen tatsächlicher Art in Frage, sie muß auch nach rechtlichen Gesichtspunkten geprüft werden. Ergibt die angefochtene Entscheidung in dieser letzten Beziehung einen ersichtlichen Irrtum als Grundlage des Spruchs, so muß es die Aufgabe der zur rechtlichen Prüfung berufenen Instanz sein einzugreifen. Selbstverständlich darf solcher Eingriff nur klar erkennbare rechtliche Erwägungen zu seinem Gegenstand haben und an sie anknüpfen.

Die Ausführungen des Landgerichts, mit welchen es seinen ablehnenden Standpunkt stützt, erscheinen mindestens zu eng. Es bleiben hierbei wichtige Interessen des Angeklagten unberücksichtigt."

Aehnlich heißt es in JW 1930 S. 639 (II. StS) E. 20.

2) Auf zivilrechtlichem Gebiet liegt folgende Entscheidung hinsichtlich des § 287 ZPO in

RGZ Bd. 76 S. 175 (VI. ZS) E. 21.

„Bei der Feststellung des Schadensbetrages gemäß § 287 ZPO hat das Ermessen des Gerichts frei zu walten, und seine

hierauf bezüglichen einzelnen Erwägungen können nicht Gegenstand der Nachprüfung in der Revisionsinstanz bilden. Dies schließt aber nicht aus, daß, wo das Berufungsgericht in einem solchen Fall seine Entscheidung ausdrücklich auf einen grundsätzlich falschen Satz stützt, dies Anlaß zur Aufhebung derselben gibt.

Ein Verstoß liegt in der Benutzung der Erwägung, daß Nachteile, wie die lebenslängliche, ohne eigene Schuld eingetretene Verunstaltung der äußeren Erscheinung, erfahrungsgemäß von den Angehörigen der gebildeten Klasse viel schwerer überwunden zu werden pflegen, als von der breiten Masse des Volkes. Der erkennende Senat hält die Annahme einer solchen Lebenserfahrung für willkürlich und grundlos, und daher die auf dieser Grundlage zugemessene Entschädigung nicht für eine „billige" im Sinne des § 287 Abs. 1 ZPO. der von einer solch allgemeinen Unterscheidung nach den verschiedenen sozialen Klassen nichts weiß."

3) Bezüglich der Strafzumessung wird ausgeführt in

RGSt Bd. 38 S. 207 (I. StS) E. 22.

„Die Gründe für die Strafzumessung unterliegen, soweit sie nicht auf Rechtsirrtum beruhen, nicht der Prüfung des Revisionsrichters."

Gleiche Grundsätze finden sich bereits in

RGSt Bd. 8 S. 76 (III. StS) E. 23.
RGSt Bd. 23 S. 91 (IV. StS) E. 24.

In diesem Zusammenhang ist ferner eine Entscheidung zu § 27 c StGB zu nennen; hier heißt es in

JW 1930 S. 3324 (I. StS) E. 25.

„Das freie Ermessen, das der Tatrichter bei Anwendung des § 27 c StGB walten zu lassen hat, unterliegt nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht."

4) Mit dem Ermessen in Prozeßanordnungen befassen sich die Entscheidungen

JW 1932 S. 433 (OLG Dresden) E. 26.

„Da über die Frage, ob der Wortlaut einer Aussage von besonderer Erheblichkeit und deshalb zu protokollieren ist, lediglich das Ermessen des Gerichts zu entscheiden hat, ist sie der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen."

und

JW 1929 S. 1058 (I. StS) E. 27.

„Ob der Fall der Verhinderung des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters für die Schwurgerichtssitzung vorlag, hatte der Landgerichtspräsident nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Eine Nachprüfung der Ausübung dieses Ermessens steht dem Revisionsgericht nicht zu."

Ferner sind in gleichem Sinne Entscheidungen ergangen in:

JW 1928 S. 1857 (VI. ZS) E. 28,
JW 1928 S. 2268 (III. StS) E. 29.

Diese Entscheidungen, die nur als charakteristische Beispiele angeführt sind, lassen verschiedene Grundsätze des Nachprüfungsrechts erkennen:

Bald wird eine Nachprüfung abgelehnt, und zwar mit der Begründung, daß hier eine Ermessensentscheidung vorliege, die einer Nachprüfung nicht zugänglich sei

vgl. E. 25, 26, 27, 28, 29.

Bald wird dagegen eine Nachprüfung für zulässig gehalten unter der Voraussetzung,

daß die Entscheidung auf rechtsirrigen Erwägungen beruht,
vgl. E. 19, 20, 22, 23, 24

oder daß ein falscher Erfahrungssatz verwendet ist.
Vgl. E. 21.

c) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Demgegenüber finden sich in den Entscheidungen der Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit folgende Ausführungen:

1) Aus dem Vormundschaftsrecht sind als besonders bemerkenswert folgende Entscheidungen zu bezeichnen:

Bay. OLG Bd. 12 S. 400 E. 30.

„Das Beschwerdegericht hat die im vorliegenden Falle festgestellten Verhältnisse geprüft und ist in Uebereinstimmung mit dem Vormundschaftsgericht zu der Ueberzeugung gelangt, daß trotz der bestehenden Schwangerschaft die Eingehung der Ehe nicht im Interesse des Mündels liegt. Bei dieser Entscheidung hat es von dem ihm durch das Gesetz eingeräumten Ermessen Gebrauch gemacht und sich innerhalb der seinem Ermessen gesetzten Grenzen gehalten."

Bayr. OLG Bd. 22 S. 280 E. 31.

„Der Senat hat auf die weitere Beschwerde des Vaters die Entscheidungen der Vorinstanz aufgehoben, weil bei der angeordneten Verkehrsregelung gemäß § 1636 BGB von dem richterlichen Ermessen ein dem Geist und dem Zweck des Gesetzes widerstreitender, gegen die ausschließlich maßgebenden Interessen der Kinder verstoßender Gebrauch gemacht sei."

Ferner heißt es in

OLG Bd. 33 S. 1 E. 32.

„Die Beschwerde ist unbegründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht; insbesondere entzieht sich die Frage, ob das Landgericht, das nach § 1779 BGB bei der Auswahl des Vormundes anzuwendende und im Beschwerdefalle ihm an der Stelle der Vormundschaftsbehörde zustehende Ermessen richtig angewendet hat, der Nachprüfung."

Hingegen wird ausgeführt in

JW 1934 S. 911 E. 33.

„Dem mit der weiteren Beschwerde befaßten Gerichte steht eine Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse und der Zweckmäßigkeit der von dem Vormundschaftsgericht getroffenen Anordnung nicht zu, weil in dieser Hinsicht eine Gesetzesverletzung, worauf die Rechtsbeschwerde gemäß § 27 FGG allein gestützt werden kann, nicht in Frage kommt. Eine Gesetzesver-

letzung würde freilich vorliegen, wenn das Vormundschaftsgericht die seinem Ermessen gezogenen Grenzen nicht eingehalten, insbesondere einen dem Zweck des § 1636 BGB zuwiderlaufenden oder dem herrschenden Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit widersprechenden Gebrauch von seinem Ermessen gemacht hätte."

und in

KGJ Bd. 33 S. 51 E. 34.

„Ob ausreichend wichtige Gründe für eine Entlassung aus dem Staatsverband für vorliegend zu erachten sind, unterliegt dem von dem Interesse des Minderjährigen geleiteten verständigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts. Dieses Ermessen ist der Nachprüfung durch die dritte Instanz entzogen, da die weitere Beschwerde nach § 27 FGG nur auf das Vorliegen einer Gesetzesverletzung beschränkt ist. Eine Gesetzesverletzung liegt aber vor, wenn das Ermessen des Vormundschaftsgerichts unter Außerachtlassung erheblicher Tatsachen oder auf Grund ungenügender Sachfeststellung getroffen ist."

und in

OLG Bd. 26 S. 271 E. 35.

„Welche Maßregeln erforderlich sind, um die den Kindern aus dem Verhalten ihres Vaters drohende Gefährdung zu beseitigen (§ 1666 BGB), hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu bestimmen; hier erachtete es als das Beste, die in sehr jugendlichem Alter befindlichen Kinder bei der Mutter unterzubringen. Diese Entscheidung läßt keinen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften erkennen. Im übrigen ist die Nachprüfung der Ermessensfrage dem Gericht der weiteren Beschwerde entzogen."

2) Beachtung verdient außerdem eine Anzahl von Entscheidungen, die das Recht der Grundbuchordnung betreffen, so

KGJ Bd. 24 S. 90 E. 36.

„Gegen die Zulässigkeit der Beschwerde und der weiteren Beschwerde ergeben sich keine Bedenken, insbesondere steht auch nicht die Bestimmung im § 36 GBO, daß das Grundbuchamt, wenn es die Erbfolge durch eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene letztwillige Verfügung nicht für nachgewiesen erachtet, die Vorlegung eines Erbscheins verlangen kann, der Anfechtung einer derartigen Entscheidung nicht im Wege. Denn die erwähnte Bestimmung ist nicht dahin auszulegen, daß das Grundbuchamt nach freiem Ermessen endgültig darüber zu befinden hat, ob ein Erbschein beizubringen ist; eine solche Entscheidung unterliegt vielmehr auch der Nachprüfung in den Rechtsmittelinstanzen."

Aehnliche Grundsätze finden sich in

KGJ Bd. 6 S. 81 E. 37.

Ferner sind in diesem Zusammenhang folgende Entscheidungen zu nennen:

KGJ n. F. Bd. 5 S. 360 E. 38.

„Die sachlich nicht richtige Ausübung des Ermessens enthält keine Verletzung des Gesetzes im Sinne des § 78 GBO, weil sie auf der tatsächlichen Würdigung der Umstände des Falles beruht, welche der Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Be-

schwerde grundsätzlich entzogen ist. Nur wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts erkennen läßt, daß in ihr die Ausübung des Ermessens überhaupt nicht in Betracht gezogen, also die Anwendung der Vorschrift des § 18 Abs. 1 GBO hinsichtlich der Zulässigkeit der Fristbestimmung überhaupt außer acht gelassen ist, beruht die Entscheidung auf Verletzung des Gesetzes."

und

OLG Bd. 38 S. 13 E. 39.

„Die Rüge der Verletzung des § 18 GBO durch Unterlassung der Fristsetzung ist nur anfechtbar, wenn das Landgericht diese Möglichkeit übersehen hatte oder der Ausübung des Ermessens rechtliche Gesichtspunkte zugrunde lagen und diese das Gesetz verletzten."

Dagegen heißt es in

KGJ n. F. Bd. 9 S. 192 E. 40:

„Die Entscheidung darüber, wann eine Verwirrung gemäß § 6 zu besorgen ist, obliegt allerdings dem Ermessen des Grundbuchrichters. Das Gericht der weiteren Beschwerde darf aber gleichwohl eine sachliche Entscheidung treffen, weil der Grundbuchrichter von seinem Ermessen im vorliegenden Fall einen unrichtigen Gebrauch gemacht hat."

3) Bezüglich des Ermessens bei der Prozeßleitung wird hier aufgeführt:

KGJ Bd. 22 S. 207 E. 41.

„Bezüglich der erforderlichen tatsächlichen Ermittlungen ist die dritte Instanz nicht befugt, in das freie richterliche Ermessen des Vormundschaftsgerichts einzugreifen."

Auch in diesen Entscheidungen wird teils eine Nachprüfung abgelehnt, und zwar entweder

weil eine Ermessensentscheidung gegeben sei, in die nicht eingegriffen werden könne.

Vgl. E. 32, 41.

Vgl. oben E. 25—29.

oder weil sich das Ermessen innerhalb seiner Grenzen gehalten habe (nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen habe).

Vgl. E. 30, 35.

Teils wird aber auch hier eine Nachprüfung für zulässig gehalten, und zwar

wenn das Gericht geglaubt hat, nach Ermessen entscheiden zu können, während es sich um eine zwingende Vorschrift gehandelt hat.

Vgl. E. 36, 37.

oder wenn umgekehrt das Gericht übersehen hat, daß eine Ermessensentscheidung zu treffen ist.

Vgl. E. 38, 39.

oder wenn unter Außerachtlassung erheblicher Tatsachen oder auf Grund ungenügender Sachfeststellung entschieden ist.

Vgl. E. 34,

oder wenn rechtliche Gesichtspunkte verletzt sind,
vgl. E. 39,
vgl. oben E. 19—24,
oder wenn gegen Geist und Zweck des Gesetzes verstoßen ist,
vgl. E. 31, 33,
oder wenn schließlich vom Ermessen ein sachlich unrichtiger Gebrauch gemacht worden ist,
vgl. E. 40.

d) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme.

So sehen wir, daß die Begründungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie auch auf dem des Revisionsrechts einen einheitlichen Grundsatz vermissen lassen.

Bevor zu diesen Entscheidungen im Zusammenhang mit der Erörterung des Schrifttums Stellung genommen wird, gilt es zunächst die Frage zu klären, ob die bei der Revision gefundenen Grundsätze auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit beachtlich, und ob sie gegebenenfalls anwendbar sind: Diese Frage ist ohne Einschränkung zu bejahen. Die Vorschriften der einzelnen Gesetze — §§ 27 FGG, 78 GBO einerseits, §§ 337 StPO, 549, 550 ZPO andrerseits — weichen in ihrem Wortlaut kaum voneinander ab. Beide Rechtsmittel dienen ferner, wie wir oben dargelegt haben, dem gleichen Zweck, nämlich vor allem der Rechtseinheit im Interesse der Rechtssicherheit. Auch aus dem Sinn und Zweck der Gesetze ist eine verschiedene Behandlung in den einzelnen Verfahren nicht zu entnehmen. Man wird daher ohne Bedenken davon auszugehen haben, daß bei den hier zur Erörterung stehenden Punkten die bei der Revision und bei der weiteren Beschwerde anzuwendenden Grundsätze gleichartig sein müssen [50]).

Hinsichtlich des Nachprüfungsrechts bei den Rechtsfolgeremessensentscheidungen begegnet uns erstens die Meinung, daß diese überhaupt nicht nachprüfbar seien, so in den E. 25—29, 32, 41. Dieser Ansicht kann aber nicht beigestimmt werden, weil sonst der Willkür des Richters keine Schranke gesetzt wäre; es kann insoweit auf die Darlegungen zu der Ansicht Launs über das freie Ermessen verwiesen werden [51]).

Mannheim andererseits bejaht in dem Bestreben, in jedem Einzelfall eine möglichst gerechte Entscheidung herbeizuführen, in weitestem Umfange die Nachprüfbarkeit der Ermessensentscheidungen und hält in Uebereinstimmung mit E. 40 jedes sachlich unrichtige Ermessen für revisibel [52]). Eine ähnliche Ansicht vertritt Pohle [53]) für die Strafzumessung. Ihnen ist aber entgegenzuhalten, daß man damit zu einer Ausdehnung des Nachprüfungsrechts der dritten Instanz käme, die mit dem Zweck der Rechtseinheit nicht mehr in Einklang

[50]) Vgl. Stein in JW. 1922 S. 225 Anm. zu 1.
[51]) Vgl. oben S. 14; ferner Heilbron S. 79.
[52]) Vgl. S. 174.
[53]) Vgl. S. 68.

zu bringen ist; denn je zahlreicher die Entscheidungen sind, die einer Prüfung durch die dritte Instanz unterliegen, desto umfangreicher muß dieses Gericht werden; damit erhöht sich aber die Gefahr, daß nicht miteinander übereinstimmende Entscheidungen ergehen, da die einzelnen Senate sich unabhängig einander gegenüberstehen [54]).

Da der Gesetzgeber in den Ermessensentscheidungen dem Richter Entscheidungsfreiheit gegeben hat und hat geben wollen, so wird man vielmehr davon auszugehen haben, daß die Ermessensentscheidungen an sich nicht nachprüfbar sind. Diese Freiheit hat aber ihre Grenze dort, wo die Rechtsordnung dem Richter Schranken gesetzt hat. Damit haben wir den für die Nachprüfbarkeit der Entscheidungen des Rechtsfolgeermessens maßgebenden Grundsatz gefunden: Die Entscheidungen sind grundsätzlich nicht nachprüfbar, das Gericht der weiteren Beschwerde hat aber einzugreifen, wenn der Vorderrichter die ihm von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen nicht innegehalten hat [55]).

Dieser Gesichtspunkt ist in der freiwilligen Gerichtsbarkeit bereits vielfach beachtet worden [56]). So führt Schlegelberger aus, daß von unrichtiger Gesetzesanwendung da nicht die Rede sein könne, wo das Gesetz für eine Ermessensentscheidung dem Richter einen freien Spielraum gewährt und das Gericht dieses Ermessen nach ausreichender Aufklärung des Sachverhalts innerhalb dieser Grenzen geübt hat [57]). Dieser Ansicht folgen Siehr [58]), Josef [59]), Unger [60]) und Lent [61]). Ferner sind hier auch Güthe-Triebel zu nennen, die ausführen, daß das Gesetz auch durch die Vorschriften verletzt sein könne, durch die dem Grundbuchrichter die Ausübung eines richterlichen Ermessens eingeräumt ist [62]). Denn hiermit soll sicherlich nicht gesagt sein, daß das Ermessen in jeder Hinsicht nachprüfbar sei, und daß das Ermessen der dritten Instanz an die Stelle des Ermessens der Vorgerichte gesetzt werden dürfe.

Nunmehr gilt es festzustellen, welches die Grenzen im einzelnen sind, die dem Richter von der Rechtsordnung gesetzt sind, und deren Verletzung die weitere Beschwerde begründen kann. Daß eine Gesetzesverletzung vorliegt, wenn der Richter den Wortlaut der Rechtsnorm selbst nicht beachtet, wenn er also z. B. den ihm im Gesetz genannten Strafrahmen überschreitet, und ferner wenn der Richter nach Willkür urteilt, darauf braucht nicht näher eingegangen zu werden [63]).

---

[54]) Vgl. Pohle S. 96.
[55]) Vgl. Drost S. 53; vgl. E 30 u. 33.
[56]) Vgl. für die ZPO Rosenberg ZPO § 146 III 2 α β.
[57]) Vgl. Schlegelberger § 27 Anm. 8.
[58]) S. 105.
[59]) S. 233.
[60]) § 43 2 a.
[61]) Lent, Grundr. S. 87.
[62]) § 78 Anm. 7.
[63]) Vgl. oben S. 13.

Im Schrifttum der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird darauf hingewiesen, daß eine Gesetzesverletzung vorliege, wenn das Gericht sein Ermessen in einer Richtung und Beziehung überhaupt nicht hat walten lassen, also einen Punkt, in dem es nach Ermessen handeln konnte, aber auch mußte, unberücksichtigt gelassen hat[64], und außerdem wenn das Gericht geglaubt hat, nach Ermessen entscheiden zu können, während es sich um eine zwingende Vorschrift gehandelt hat[65]. Diese beiden Gesichtspunkte müssen hier aber außer Betracht bleiben, weil es sich, wie bei der Verletzung des Wortlautes des Gesetzes, nur darum handelt, daß die Rechtsnorm selbst verkannt ist, und weil aus diesem Grunde ohne weiteres ein Nachprüfungsrecht der dritten Instanz besteht[66].

Als dritter Punkt wird außerdem hervorgehoben, daß eine Verletzung des Gesetzes in Frage komme, wenn das Gericht eine erschöpfende Aufklärung und Prüfung aller Umstände des Falles nicht vorgenommen, insbesondere seine Verpflichtung zur selbständigen Anstellung von Ermittlungen verkannt hat[67]. Auch hier bedarf die Nachprüfbarkeit keiner Frage; denn § 12 FGG schreibt für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Richter vor, die geeigneten und erforderlichen Beweise zu erheben. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so liegt eine Verletzung dieser Bestimmung vor.

Abgesehen von diesen Fällen sind dem Richter aber auch dann Schranken gesetzt, wenn er nach Ermessen handeln sollte und auch danach gehandelt hat, aber das Ermessen falsch angewendet hat:

1) Der Gesetzgeber kann die Mannigfaltigkeit der Lebensvorgänge, die er regeln soll, nicht in allen Einzelheiten in seinen Normen berücksichtigen. Er hat daher nur allgemeine Vorschriften und verallgemeinerte Begriffe in das Gesetz aufgenommen. Diese enthalten aber einen bestimmten Gedanken und ihnen liegt ein bestimmter Zweck, der letzten Endes durch den Zweck der Rechtsordnung überhaupt bestimmt wird, zugrunde. Aufgabe des Richters ist es, gemäß dem Sinn und dem Zweck der Bestimmung eine Entscheidung dahin zu treffen, ob der ihm zur Beurteilung vorliegende Vorgang unter die verallgemeinerte Vorschrift fällt. Entscheidet der Richter nicht demgemäß, so liegt eine Verletzung des Gesetzes vor. Als eine Rechtsschranke haben wir demnach den Sinn und Zweck einer Vorschrift anzusehen[68].

Ob diese Rechtsschranke verletzt ist, wird sich oft nur aus der Begründung des Einzelfalles feststellen lassen. Als allgemeine Gesichtspunkte sind aber zu erwähnen, daß dem Sinn und Zweck einer Vorschrift zuwider gehandelt ist, wenn z. B. die Entscheidung gegen das Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit verstößt, oder wenn sie von einer unsachlichen Begründung getragen wird, ferner wenn zu beachtende Umstände, die im Interesse eines Beteiligten liegen, in der

[64]) Vgl. Lent aaO.; ferner E 38/39.
[65]) Schlegelberger aaO.; ferner E 36/37.
[66]) Vgl. Drost S. 47.
[67]) Vgl. Sichr aaO; E 34.
[68]) Vgl. Drost, S. 44; ferner E 31 u. 33.

Begründung übergangen werden und endlich, wenn die erforderliche Abwägung der einzelnen für und gegen die Anwendung einer Norm sprechenden Gründe nicht ordnungsgemäß vorgenommen wird [69]).

2) Bei allen Entscheidungen, die der Richter zu treffen hat, verwendet er allgemeine logische Regeln (Denkgesetze), weil ohne diese eine Begriffsbildung und ein Urteilen nicht möglich ist.

Ferner benutzt er bei jeder Tätigkeit die Sätze der Erfahrung. Dies beruht darauf, daß die Rechtsordnung aufs engste mit den Sätzen der Erfahrung verknüpft ist. In gleicher Weise wie der Gesetzgeber nur unter Berücksichtigung der Erfahrung die Vorschriften des Gesetzes normiert hat und überhaupt hat normieren können, so kann und soll der das Gesetz anwendende Richter wiederum mit Hilfe der Erfahrungssätze das Gesetz und die zu beurteilenden Vorgänge des Lebens mit einander in Verbindung bringen. In vielen Bestimmungen verweist das Gesetz ausdrücklich auf die Anwendung der Erfahrung, so bei den Begriffen „gute Sitten", „Treu und Glauben" und dergl.; aber es ist auch unmöglich, ohne Lebenserfahrung zu beurteilen, was voraussehbar, entschuldbar, unmöglich ist, ob zwischen zwei Ereignissen Kausalzusammenhang besteht, welche Strafe angemessen ist [70]). Daraus ist als zweite Rechtsschranke zu entnehmen, daß die Entscheidung nach Denkgesetzen und Erfahrungssätzen zu erfolgen hat [71]).

Wann ein Denkverstoß vorliegt, wird oft schwierig zu entscheiden sein. Mit Recht macht von der Pfordten darauf aufmerksam, daß in einem Urteil abgesehen von Rechenfehlern reine Verstöße gegen die Denkgesetze selten sein werden, und daß ein offener Widerspruch vorliegen muß, wenn man solches annehmen will [72]).

Hinsichtlich der Verletzung von Erfahrungsgrundsätzen wird vielfach ein Unterschied zwischen lokalen und allgemeingültigen Erfahrungssätzen gemacht, und im Zivilprozeßrecht in entsprechender Anwendung des § 549 Abs. 2 ZPO das Nachprüfungsrecht bei nur lokalen Erfahrungssätzen verneint [73]). Auf dieses Problem braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da es für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit an einer dem § 549 Abs. 2 ZPO entsprechenden Vorschrift fehlt und somit eine Beschränkung auf allgemeine Erfahrungssätze keinesfalls gerechtfertigt ist.

---

[69]) Vgl. hierzu Jellinek S. 337 ff.; ferner E 19 u. 33.
[70]) Vgl. Manigk, S. 136.
[71]) Vgl. E 21.
[72]) v. d. Pfordten, Ztschr. f. Rechtspfl. i. Bay. Bd. 15 S. 300.
[73]) Vgl. Oertmann S. 519; Hein in JW 1933 S. 846 Anm. zu 18; ferner E 18, siehe oben S. 13; a. A.: Stein, Priv. W. S. 27/28; Mannheim S. 75; Manigk S. 179/180.

III. Die Nachprüfbarkeit der Subsumtion (des Tatbestandsermessens).

a) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht.

Wenden wir uns nunmehr der Nachprüfbarkeit der Subsumtionstätigkeit des Richters zu, so finden wir, daß die Revisionsgerichte auch hier einheitliche Grundsätze eines Nachprüfungsrechts nicht aufgestellt haben[74]). Wieweit sie sich im Straf- und Zivilprozeßrecht zur Nachprüfung für berechtigt halten, soll an einigen typischen Beispielen dargestellt werden, die naturgemäß im Rahmen dieser Arbeit keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, an denen sich aber die auch in letzter Zeit vertretenen Grundsätze klar erkennen lassen[75]).

1) Die Voraussetzungen des Verschuldens werden untersucht in

RGSt Bd. 65 S. 340 (III. StS) E 42.

„Die Ausführungen des Schwurgerichts sind nicht frei von Rechtsirrtum. Daß N. dadurch, daß er zu erkennen gab, er fürchte einen Angriff nicht, die Angriffslust der Gegner gestärkt habe, ist eine an sich immerhin mögliche Feststellung tatsächlicher Art und als solche der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen. Zum Tatbestand des § 227 StGB ist jedoch trotz Verwendung der Verneinungsform, die bestimmte Feststellung erforderlich, daß der Täter schuldhaft in den Raufhandel hineingezogen worden ist."

In

JW 1928 S. 101 (I. ZS) E. 43

wird geprüft, ob ein mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 BGB vorliegt, zugleich wird das Maß des beiderseitigen Verschuldens nachgeprüft[76]).

2) Zum Begriff der Fahrlässigkeit wird folgende Stellung eingenommen:

JW 1931 S. 2498 (I. StS) E. 44.

„Mit Recht rügt die Revision, daß die Strafkammer den Begriff der Fahrlässigkeit überspannt hat. Nach den strafrechtlichen Grundsätzen erfordert dieser Begriff, wie auch die Strafkammer nicht zu verkennen scheint, daß der Täter die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und imstande ist."

---

[74]) Vgl. Manigk S. 123.

[75]) Es sei auf die ausgezeichneten Zusammenstellungen der Entscheidungen bei Förster-Kann (bei § 549 ZPO), ferner bei Mannheim und auch bei Pohle hingewiesen; hier ist im wesentlichen versucht, neuere Entscheidungen des Reichsgerichts oder der Revisionsgerichte zu bringen, jedoch ist auf ältere Entscheidungen zurückgegriffen, soweit sie für die Frage der Revisibilität besonders bezeichnend erscheinen.

[76]) Vgl. ferner die bei Dispeker in JW 1928 S. 101 Anm. zu 4 angeführten Entscheidungen.

JW 1932 S. 2514 (VII. ZS) E. 45.

„Wenn die Revision unter den obwaltenden Umständen in der Annahme einer groben Fahrlässigkeit des Klägers eine Verkennung dieses Rechtsbegriffs finden will, so kann sie hiermit schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Frage, ob eine Fahrlässigkeit als eine grobe anzusehen ist, nach ständiger Rechtsprechung des RG eine Frage der tatsächlichen Würdigung ist. Die Erwägungen des Berufungsgerichts gehören jenem Gebiet der tatsächlichen Würdigung an und lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen."

3) Verstoß gegen die guten Sitten. Bemerkenswert ist eine ältere Entscheidung in

RGZ Bd. 58 S. 220 (V. ZS) E. 46.

„Die Nachprüfung der Frage, ob der Berufungsrichter das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten mit Recht angenommen hat, ist durch § 561 nur insofern eingeschränkt, als diejenigen festgestellten Tatsachen, in denen der Berufungsrichter die konkrete Betätigung des verwerflichen Handelns des Täters gefunden hat, auch für das Revisionsgericht als feststehend gelten müssen. Dagegen ist die andere Frage, ob diese Tatsachen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes wider die guten Sitten erfüllen, keine Frage der Tatsachenwürdigung, sondern eine Rechtsfrage; die Sachlage unterliegt daher insoweit der freien Beurteilung des Revisionsgerichts."

Auch sonst wird vielfach nachgeprüft, ob ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt, so in

RGSt Bd. 61 S. 274 (I. StS) E. 47,
RGZ Bd. 133 S. 234 (II. ZS) E. 48,
RGZ Bd. 138 S. 89 (II. ZS) E. 49,
RGZ Bd. 100 S. 135 (III. ZS) E. 50 — Verstoß gegen Treu und Glauben.

4) Mit der Frage, ob der Begriff wichtiger Grund nachprüfbar sei, beschäftigt sich

RGZ Bd. 110 S. 300 (III. ZS) E. 51.

„Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage. In der Revisionsinstanz ist nur nachzuprüfen, ob in abstracto ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis einen wichtigen Grund zur Auflösung eines Dienstverhältnisses bilden kann."

Ferner in

JW 1928 S. 2908 (II. ZS) E. 52.

„Es ist ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß es im wesentlichen Tatfrage ist, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB vorliegt, und auch der erkennende Senat hat sich dahin ausgesprochen, daß in der Revisionsinstanz nur nachgeprüft werden dürfe, ob ein bestimmtes Handeln an sich einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung eines Dienstverhältnisses bilden könne. Im vorliegenden Falle ist indessen vom Berufungsgericht die Bedeutung des § 626 BGB überhaupt verkannt worden."

Als besonders charakteristisch sind die Entscheidungen zweier Strafsenate hinsichtlich der Prüfung des Begriffes wichtiges Glied gegenüber zu stellen:

RGSt Bd. 62 S. 161 (II. StS) E. 53.

„Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß es nach § 224 StGB insoweit nicht auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten, sondern darauf ankommt, welche Wichtigkeit das verlorene Glied allgemein hat. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht bedingt durch die Gestaltung des jeweiligen Beweisergebnisses, wie es auf Grund der Hauptverhandlung im einzelnen Falle festzustellen und unter Ausschließung einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht dem Tatrichter vorbehalten ist; wie beim Verlust des Sehvermögens handelt es sich vielmehr auch hier lediglich um die in Auslegung des § 224 StGB auf Grund gemeinkundiger Lebensverhältnisse zu entscheidende und daher von etwaigen tatrichterlichen Feststellungen unabhängige Rechtsfrage, ob dem Goldfinger allgemein die Bedeutung eines wichtigen Gliedes des menschlichen Körpers zuzuerkennen ist."

Dagegen heißt es in:

RGSt Bd. 64 S. 201 (III. StS) E. 54.

„Die Frage, ob ein Glied des Körpers wichtig ist, ist teils rechtlicher, teils tatsächlicher Natur. Rechtsfrage ist sie, soweit es sich darum handelt, was unter wichtig im Sinne des § 224 StGB zu verstehen ist. Im Rahmen der zutreffenden Begriffsbestimmung ist die weitere Frage, ob ein bestimmtes einzelnes Glied unter diesen Begriff fällt oder nicht, Sache tatrichterlicher Würdigung. Rechtsbegrifflich kommt es nach § 224 StGB allerdings nicht auf die besonderen Verhältnisse des Verletzten, sondern darauf an, welche Wichtigkeit das verlorene Glied allgemein hat. Das Verhältnis des einzelnen Körpergliedes zum ganzen Körper zu bestimmen, also die Grenze zwischen Wichtigkeit und Unwichtigkeit zu bestimmen, fällt jedoch in das Gebiet tatrichterlicher Beurteilung, enthält also keine der Revision zugängliche Rechtsfrage. Die Bedeutung eines Körperteils für den Gesamtorganismus zu ermessen, wird häufig nur auf Grund medizinischer, technischer oder sonstiger fachwissenschaftlicher Gutachten möglich sein, die allein der Tatrichter heranziehen kann. Der in RGSt. Bd. 62 S. 161 anscheinend vertretenen abweichenden Auffassung des II. StS sich anzuschließen, würde der erkennende Senat Bedenken tragen."

5) Die Beurteilung, ob eine schwere Eheverfehlung vorliegt, wird abgelehnt in

RGZ Bd. 127 S. 102 (VII. ZS) E. 55.

„Mit Recht hat die Revision erwidert, daß es wesentlich Sache tatrichterlicher Beurteilung ist, darüber zu entscheiden, ob eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten vorliegt."

Demgegenüber heißt es in:

RGZ Bd. 124 S. 58 (VIII. ZS) E. 56.

„Das Berufungsgericht läßt eine den beiderseitigen Pflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft entsprechende Abwägung vermissen. Seine Feststellung, daß sich die Beklagte durch Fortsetzen ihrer Berufstätigkeit einer schweren Eheverfehlung schuldig gemacht habe, und seine Beurteilung der Zumutungsfrage ist deshalb zu beanstanden und muß zur Aufhebung des Urteils führen".

6) Feststellungen hinsichtlich des Wertes eines entwendeten Gegenstandes zu treffen, wird abgelehnt in

JW 1921 S. 750 (III. StS) E. 57.

„Das Reichsgericht ist nach der ihm im Gesetz zugewiesenen Aufgabe nicht in der Lage, seinerseits hinsichtlich des Wertes der entwendeten Butter Feststellungen zu treffen, sondern hat lediglich zu prüfen, ob bei Beurteilung des festgestellten Sachverhalts das Strafgesetz richtig angewendet ist und Rechtsbegriffe nicht verkannt sind."

7) Es wird nachgeprüft, ob eine Sache ein Gegenstand des täglichen Bedarfs ist, in:

RGSt Bd. 58 S. 319 (I. StS) E. 58.

„Es muß an erster Stelle geprüft werden, ob Henessy-Kognak als Gegenstand des täglichen Bedarfs zu gelten hat. Dem Erstrichter ist darin beizutreten, daß Kognak im allgemeinen unter diesen Rechtsbegriff fällt."

Ferner wird in

RGZ Bd. 105 S. 119 (VI. ZS) E. 59

untersucht, ob Scheiben eines Ladenfensters als Luxusgegenstände anzusehen sind.

Außerdem sind die Entscheidungen über folgende Begriffe als bemerkenswert anzusehen:

8) Herrschaftliches Haus.

RGZ Bd. 103 S. 143 (III. ZS) E. 60.

„Die von der Revision angegriffene Feststellung, daß das Gartenhaus ein herrschaftliches Haus sei, liegt völlig auf tatsächlichem Gebiet und ist ohne Rechtsirrtum getroffen."

9) Den Umständen nach bestellt.

RGZ Bd. 99 S. 71 (VII. ZS) E. 61.

„Die Entscheidung hängt davon ab, ob ein Nachtpförtner nach den Umständen als zur Entgegennahme von Geldbeträgen in Höhe von 16 000 M bestellt anzusehen war. Der Berufungsrichter verneint dies. Er führt aus, nach seiner eigenen Sachkunde stehe einem Nachtpförtner eine so weitgehende Befugnis nach allgemeiner Verkehrsauffassung nicht zu. — Die Richtigkeit dieser vom Berufungsrichter aufgestellten allgemeinen Erfahrungssätze greift die Revision an. Die Nachprüfung solcher Erfahrungssätze steht aber dem Revisionsrichter zu."

10) Geheimhalten.

RGSt Bd. 61 S. 150 (III. StS) E. 62.

„Die Frage, ob ein Gegenstand oder eine Nachricht für die Zwecke der Landesverteidigung geheim zu halten ist, ist eine durchaus „relative", die nur an Hand des einzelnen Falles entschieden werden kann. Sie ist daher keine Rechts-, sondern eine Tatfrage, insbesondere eine militärische. Da ihre Entscheidung nicht auf rechtlichem Gebiet liegt, entzieht sie sich der Nachprüfung des Revisionsgerichts."

11) Entführen.

RGSt Bd. 29 S. 408 (III. StS) E. 63.

„Eine allgemeine, nach allen Seiten hin fest abgegrenzte und erschöpfende Bestimmung des Begriffsmerkmals „Entführen" ist

weder möglich noch auch nur erforderlich. Die tatsächlichen Verhältnisse des Lebens sind zu mannigfaltig und oft zu verwickelt, um eine befriedigende allgemeine Begriffsbestimmung zu gestatten. Es wird daher in jedem einzelnen zu entscheidenden Fall Sache des richterlichen Ermessens sein, ob angenommen werden dürfe, daß der aus § 237 StGB angeklagte Täter die Frauensperson von ihrem bisherigen Aufenthaltsort nach einem andern Ort gebracht habe, und die Beantwortung dieser Frage wird rechtlicher Beurteilung entzogen sein, wenn hierbei ersichtlich der Richter als entscheidenden Gesichtspunkt den festgehalten hat, daß durch die Veränderung des Aufenthaltsortes der minderjährigen Frauensperson nach den Umständen des Falles eine erfolgreiche Betätigung des elterlichen Schutzrechts vereitelt werden müsse. Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens liegt die nähere Abwägung der einzelnen Umstände und damit auch die Feststellung, daß die bezeichnete Voraussetzung im zu entscheidenden Falle zutreffe, wesentlich auf dem nach § 376 StPO der Revision verschlossenen Gebiet des Tatsächlichen."

Diese Beispiele lassen erkennen, daß der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine einheitliche Linie fehlt, und daß es eine grundsätzliche Auseinandersetzung über die Grenzen seines Nachprüfungsrechts vermissen läßt.

Teilweise halten die Senate eine Nachprüfung nicht für zulässig, und zwar wenn

die Ausführungen des Vorderrichters frei von Rechtsirrtum sind (ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen ist, die Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden ist),
vgl. E. 45, 60.

wenn es sich um eine Frage richterlichen Ermessens handelt,
vgl. E. 63.

wenn die Entscheidung eine Tatfrage ist (eine Frage tatsächlicher Würdigung, eine Sache tatrichterlicher Beurteilung),
vgl. E. 45, 55, 60, 63.

Als eine Tatfrage wird angesehen, ob ein Verhalten eine „grobe Fahrlässigkeit" (E. 45), eine „schwere Eheverfehlung" (E. 55), eine „Entführung" (E. 63) und ob ein Gebäude ein „herrschaftliches Haus" (E. 60) darstellt.

Oftmals unterzieht sich das Reichsgericht einer Prüfung, und zwar entweder ohne Begründung für ein solches Vorgehen,
vgl. E. 43, 48, 49, 50, 59.

oder indem zur Rechtfertigung ausgeführt wird,

daß ein Rechtsirrtum vorliege (die Bedeutung einer gesetzlichen Vorschrift überhaupt verkannt sei),
vgl. E. 42, 44, 52.

daß es sich um eine Rechtsfrage (Rechtsbegriff) handle.
Vgl. E. 53, 57, 58.

Hierunter werden die Begriffe „wichtiges Glied" (E. 53), „unbedeutender Wert" (E. 57) und „Gegenstand des täglichen Bedarfs" (E. 58) verstanden.

daß ein Erfahrungssatz falsch angewendet sei.
Vgl. E. 61.

Häufig scheidet das Reichsgericht auch innerhalb des einzelnen Urteils zwischen einem revisiblen und einem irrevisiblen Teil, und zwar nach dem Grundsatz — allerdings selten —,

daß die konkrete Feststellung des Vorderrichters bindend sei, daß dagegen die Beurteilungen in abstracto einer Nachprüfung unterlägen.
vgl. E. 46, 51

oder nach dem Grundsatz der Tat- und Rechtsfrage.
Vgl. E. 52, 54.

Dabei wird einmal erklärt, daß die Entscheidung über den Begriff „wichtiger Grund" (E. 52) im wesentlichen Tatfrage sei, Rechtsfrage dagegen, ob an sich ein bestimmtes Ereignis einen wichtigen Grund bilden könne; zum anderen wird ausgeführt, daß es Sache tatrichterlicher Beurteilung sei, ob ein bestimmtes einzelnes Glied des Körpers ein „wichtiges Glied (E. 54) sei, hingegen liege eine Rechtsfrage vor, soweit es sich darum handele, was unter „wichtig" im Sinne des § 224 StGB zu verstehen sei.

Wiederholt wird auch dahin entschieden, daß der Tatfrage die Frage des einzelnen Falles gleichzustellen sei.
vgl. E. 62.

Dort heißt es, eine Entscheidung könne nur an Hand des einzelnen Falles getroffen werden; es liege daher keine Rechtsfrage, sondern eine Tatfrage vor, die sich einer Nachprüfung entziehe.

b) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Demgegenüber bietet sich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit folgendes Bild:

1) Zur Frage, ob ein wichtiger (besonderer) Grund gegeben ist, wird ausgeführt in

BayOLG Bd. 24 S. 231 E. 64.

„Richtig ist, daß es sich bei der Frage, ob die Zustimmung eines anteilsberechtigten Abkömmlings gemäß §§ 1487, 1411 BGB ohne ausreichenden Grund verweigert ist, in der Hauptsache um die Würdigung einer Tatfrage handelt, die an sich einer Nachprüfung entzogen ist. Das Gericht der weiteren Beschwerde darf aber hier allgemein insbesondere dann eingreifen, wenn und soweit das Beschwerdegericht seiner Pflicht zur Aufklärung und Würdigung aller wichtigen Tatumstände nicht genügt hat."

Dagegen heißt es in:

BayOLG Bd. 26 S. 19 E. 65.

„Ob ein wichtiger Grund für die Abberufung eines Liquidators vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage, die vom Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden ist. Daß bei der Entscheidung das Landgericht von einer gegen den Sinn und Zweck der

Bestimmung des § 147 HGB verstoßenden Auffassung des Begriffs wichtiger Grund ausgegangen ist, ist nicht ersichtlich."

und ferner in

BayOLG Bd. 32 S. 373 E. 66.

„Die Frage, ob ein wichtiger Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers vorliegt, hat das Nachlaßgericht nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles zu entscheiden. Diese Frage ist aber nicht bloß eine Tat- sondern auch eine Rechtsfrage."

2) Zur Nachprüfung der Begriffe unbegründete Weigerung, wesentliche Aenderung wird folgende Stellung eingenommen.

BayOLG Bd. 5 S. 418 E. 67.

„Nach § 1447 BGB kann die Zustimmung der Ehefrau zu einer Verfügung über ein zu dem Gesamtgut gehörendes Grundstück im Falle unbegründeter Weigerung der Frau nur dann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtguts erforderlich ist. Wann diese Voraussetzung zutrifft, ist Tatfrage."

BayOLG Bd. 29 S. 389 E. 68.

„Die Annahme des Beschwerdegerichts, daß die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft zur Abwendung einer „erheblichen Gefährdung" des Vermögens erforderlich sei, beruht auf einer Verletzung des Gesetzes. Das Landgericht hat den Rechtsbegriff der erheblichen Gefährdung im Sinne des § 1906 BGB verkannt."

BayOLG Bd. 32 S. 461 E. 69.

„Die Entscheidung, ob eine wesentliche Aenderung vorliegt, kann nur von Fall zu Fall getroffen werden, ist aber nicht reine Tatfrage; denn es ist vorher festzustellen, was das Gesetz unter „wesentlicher Aenderung" versteht und verstanden wissen wollte."

3) Ob eine Verschwendung, Verwahrlosung vorliegt, wird untersucht in

BayOLG Bd. 21 S. 70 E. 70.

„Ob eine verschwenderische Lebensweise eine Gefährdung im Sinne des § 1906 BGB mit sich bringt, ist eine tatsächliche Frage, deren Entscheidung durch das Beschwerdegericht dem Gericht der weiteren Beschwerde entzogen ist. Ob dagegen die festgestellten Tatsachen den Schluß rechtfertigen, daß dem zu Entmündigenden „Verschwendung" im Sinne des § 6 BGB zur Last fällt, ist, da es sich hier um einen Rechtsgriff handelt, eine Frage rechtlicher Art, deren Entscheidung von dem Gericht der weiteren Beschwerde nachzuprüfen ist."

BayOLG Bd. 31 S. 303 E. 71.

„Nach dem vom Beschwerdegericht festgestellten Sachverhalt kann die Annahme dieses Gerichts, daß K. F. noch nicht „verwahrlost" sei, rechtlich nicht beanstandet werden. Der Begriff der Verwahrlosung im Sinne des § 63 Reichs-Jug. Wohlf. Ges. setzt ein erhebliches Sinken des körperlichen, geistigen oder sittlichen Befindens unter den Durchschnitt voraus. Ein solcher Zustand ist nach den tatsächlichen Feststellungen des

Landgerichts, die für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend sind, bei K. F. noch nicht eingetreten."

4) Bezüglich der Unterscheidbarkeit zweier Firmen heißt es in

JW 1933 S. 98 (Beschl. d. RG) E. 72.

„Die Beurteilung der Frage, ob eine neue in das Handelsregister eingetragene Firma sich entsprechend der Vorschrift des § 30 Abs. 1 HGB genügend deutlich von einer älteren eingetragenen dortigen Firma unterscheidet, ist Gegenstand rein tatsächlicher Beurteilung. Zweck des § 30 Abs. 1 ist einerseits Regelung des ausschließlich subjektiven Rechts an der Firma als an einem Unterscheidungszeichen, andererseits Schutz der Interessen des Publikums und des Verkehrs. Das sind die rechtlichen Ausgangspunkte, die für die Frage der deutlichen Unterscheidbarkeit mehrerer Firmen innerhalb desselben Ortsbezirks maßgebend sind. Von diesen rechtlichen Gesichtspunkten ausgehend aber sind der Registerrichter und die ihm übergeordneten Instanzen in der Würdigung der für die Prüfung und Entscheidung der Frage in Betracht kommenden Umstände frei."

Eine ähnliche Entscheidung ist ergangen in:

BayOLG B. 26 S. 292 E. 73.

Eine Prüfung dagegen wird vorgenommen in:

KGJ n. F. Bd. 6 S. 190 E. 74.

5) Ferner ist erwähnenswert die Stellungnahme zu dem Begriff handwerksmäßiger Betrieb in

BayOLG Bd. 12 S. 351 E. 75.

„Bei der Entscheidung der Frage, ob ein handwerksmäßiger Betrieb anzunehmen ist, kommt es auf die besondere Gestaltung des gewerblichen Unternehmens an; es handelt sich daher um eine vorwiegend dem tatsächlichen Gebiet angehörende Frage."

Aehnliche Grundsätze finden sich in neuerer Zeit in einem Urteil in

KGJ n. F. Bd. 6 S. 173 E. 76.

6) Bedeutsam schließlich ist eine Entscheidung bezüglich des Begriffs Miterbin

BayOLG Bd. 31 S. 328 E. 77.

„Ob die Beschwerdeführerin als Miterbin eingesetzt ist, ist keine Rechtsfrage, sondern eine Tatfrage, deren Nachprüfung dem Gericht der weiteren Beschwerde entzogen ist."

Im wesentlichen lassen auch diese Entscheidungen die gleichen Grundsätze wie die der Revisionsgerichte erkennen (s. oben S. 28/29). Denn auch hier wird ein Nachprüfungsrecht verneint,

weil die Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden sei,

vgl. E. 71

vgl. oben E. 45, 60,

weil eine Ermessensentscheidung vorliege, die einer Nachprüfung nicht unterworfen sei,

vgl. E. 65, 66,

vgl. oben E. 63.

weil es sich um eine Tatfrage handle.

Vgl. E. 67, 75, 77,
vgl. oben E. 45, 55, 60, 63.

Als solche wird von dem Gericht der weiteren Beschwerde angesehen, ob ein Verhalten eine „unbegründete Weigerung (E. 67), ob ein Unternehmen ein „handwerklicher Betrieb" (E. 75), ob jemand „Miterbin" (E. 77) sei.

Andererseits wird auch die weitere Beschwerde unter den Gesichtspunkten für unbegründet gehalten, daß

es sich um einen Rechtsirrtum handle (der Sinn und Zweck einer gesetzlichen Vorschrift verkannt sei).

Vgl. E. 65.
Vgl. oben E. 42, 44, 52.

daß ein Rechtsbegriff vorliege,

vgl. E. 68, 70.
vgl. oben E. 53, 57, 58.

So wird hier bei der Frage, ob eine „erhebliche Gefährdung" (E. 68) gegeben sei, entschieden.

Schließlich tritt auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Trennung zwischen einem nachprüfbaren und einem nicht nachprüfbaren Teil innerhalb einer Entscheidung auf, jedoch stets nur unter dem Hinweis, daß die Tatfrage unanfechtbar, die Rechtsfrage dagegen anfechtbar sei,

vgl. E. 64, 65, 66, 69, 70, 72,
vgl. oben E. 52, 54.

Dabei wird bezüglich der Begriffe „wichtiger" (E. 65, 66), „ausreichender" (E. 64) Grund erklärt, daß die Entscheidung im wesentlichen eine Tatfrage sei, dagegen Rechtsfrage, ob der Richter vom Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung ausgegangen sei, und ob er seine Aufklärungspflicht dem Gesetz entsprechend erfüllt habe. Aehnlich wird es bei den Begriffen „wesentliche Aenderung" (E. 69) und „Unterscheidbarkeit" (E. 72) darauf abgestellt, daß als Rechtsfrage die Frage nach dem Sinn des Gesetzes und nach den rechtlichen Ausgangspunkte einer Entscheidung nachprüfbar sei.

Auf die Frage des einzelnen Falles stellen es hier die Entscheidungen E. 66 und 69 ab; es wird jedoch stets dabei — im Gegensatz zu E. 62 — hervorgehoben, daß somit die Entscheidung sich nicht völlig auf tatsächlichem Gebiet bewege und sie nicht gänzlich der Nachprüfung entzogen sei.

c) Das Schrifttum und die eigene Stellungnahme.

Die hier angeführten Entscheidungen lassen erkennen, daß die Frage der Nachprüfbarkeit sowohl auf dem Gebiet der weiteren Beschwerde wie der Revision von dem Gesichtspunkt der Tat- und Rechtsfrage beherrscht wird. Das Schrifttum der freiwilligen Gerichtsbarkeit folgt hierin der Rechtsprechung ohne eigene Stellungnahme und Kritik; so wird bei Schlegelberger [77]) ausgeführt: „Die

tatsächliche Würdigung der aus der Beschwerdeentscheidung ersichtlichen Tatsachen ist für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend, dagegen nicht die auf Grund rechtlicher Würdigung der Tatsachen getroffenen tatsächlichen Feststellungen“ [78]).

Gegen eine derartige Formulierung des Nachprüfungsrechts bestehen aber durchgreifende Bedenken. Denn diese Gegenüberstellung findet erstens im Gesetz keinerlei Stütze. Eine Entscheidung zwischen beiden läßt sich aber auch gar nicht durchführen, weil letzten Endes jede Tatfrage und jede tatsächliche Würdigung auf eine irgendwie unter rechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmende richterliche Tätigkeit hinausläuft [79]). Dies ist bereits zutreffend von Mewes erkannt worden, der hierzu in seinem Aufsatz „Das Rechtsmittel der Revision, sein Wesen und seine Bedeutung“ schreibt [80]): „Es ist zuzugeben, daß die Frage, was eine lediglich tatsächliche Feststellung sei, recht zweifelhaft werden kann. Die Grenze zwischen dem Tatsächlichen und dem Rechtlichen ist ungemein schwierig zu ziehen, und geradezu unmöglich erscheint es, eine genaue, jeden Fall deckende Definition der beiden Begriffe aufzustellen; denn jede Tatsache setzt sich zusammen aus Rechtsbegriffen und beruht auf einer Reihe von Schlußfolgerungen, die wiederum ohne Zuhilfenahme rechtlicher Begriffe nicht gezogen werden können.“

Wie wenig vom Gericht der dritten Instanz selbst eine scharfe Trennung zwischen der Rechts- und Tatfrage vorgenommen werden kann, zeigt die Gegenüberstellung der Begründungen aus einigen der oben angeführten Urteile: Während in E. 53 ausgeführt wird, daß die Beantwortung der Frage, ob ein Glied des Körpers wichtig sei, nicht dem Tatrichter vorbehalten sei, heißt es in E. 54, die Grenze zwischen Wichtigkeit und Unwichtigkeit eines Körpergliedes zu bestimmen, falle in das Gebiet tatrichterlicher Beurteilung, enthalte also keine der Revision zugängliche Rechtsfrage. Ferner wird bald ohne Einschränkung eine Prüfung der Frage vorgenommen, ob ein Verhalten „gegen die guten Sitten“ (E. 48/49) oder „gegen Treu und Glauben“ (E. 50) verstoße, oder ob eine Sache ein „Gegenstand des täglichen Bedarfs“ (E. 58) sei; ebenso häufig wird jedoch gesagt, daß es ganz oder im wesentlichen Sache tatrichterlicher Beurteilung sei, ob eine „schwere Verfehlung“ der durch die Ehe begründeten Pflichten (E. 55), eine „grobe Fahrlässigkeit“ (E. 45) oder eine „Entführung“ (E. 63) vorliege.

Ein gleiches Bild bietet sich auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit: Bald wird eine Nachprüfung von Begriffen vorgenommen, wie z. B. die „Unterscheidbarkeit“ zweier Firmen (E. 74), bald wird davon gesprochen, daß die Entscheidung, ob ein „wichtiger Grund“ oder eine „wesentliche Aenderung“ gegeben sei, zum Teil eine Rechts-, zum Teil eine Tatfrage sei, und bald wird aus-

---

[77]) § 27 Anm. 17/18.
[78]) Vgl. ferner Unger ZZP Bd. 42 S. 137; Carlebach § 27 S. 120; Siehr S. 110.
[79]) Vgl. Entwurf einer neuen ZPO S. 365.
[80]) Goltd. Arch. Bd. 45 S. 1 ff. (S. 7).

geführt, daß die Frage, ob ein Verhalten eine „unbegründete Weigerung", ja sogar ob jemand „Miterbin" sei, eine Tatfrage sei, die in jeder Hinsicht einer Nachprüfung nicht unterworfen sei.

Der von den Revisionsgerichten vertretenen Ansicht steht Stein nahe[81]). Er sieht eine Beschränkung des Nachprüfungsrechts des Revisionsrichters in der Vorschrift des § 561 ZPO, wonach das Revisionsgericht diejenigen Tatsachen ohne Prüfung zu berücksichtigen habe, die der Vorderrichter auf Grund eines gesetzmäßigen Beweisverfahrens und einer sich im Rahmen des Gesetzes haltenden Beweiswürdigung festgestellt hat. Im übrigen sind seiner Ansicht nach alle Ausführungen revisibel; so habe das Reichsgericht zu untersuchen, ob die festgestellten Tatsachen einen Verzicht oder einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen; das sei eine Beurteilung, die zwischen der sogen. Nachprüfung in facto und der in iure läge, und da nur die erste verboten sei, so stehe diese dem Reichsgericht offen.

Gegen ihn ist insbesondere noch hervorzuheben, daß dem § 561 ZPO eine solche Bedeutung nicht beigemessen werden kann; denn erstens ist zu berücksichtigen, daß im Strafprozeßrecht, das gleichen Grundsätzen bei der Revision zu folgen hat, eine entsprechende Bestimmung fehlt; ferner spricht gegen Steins Ansicht auch die systematische Stellung des § 561, der sich nicht bei den grundlegenden Vorschriften der §§ 549, 550 ZPO, sondern bei denen über das Verfahren findet.

Wegen der dargelegten Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage ist diese Lösung in der neueren Zeit immer mehr abgelehnt worden[82]). Neue Wege sind insbesondere auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts begangen worden. Hier haben sich Mannheim in seinen „Beiträgen zur Lehre von der Revision", Mezger in „Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß" sowie Pohle in seiner Abhandlung „Revision und neues Strafrecht" mit der Frage der Nachprüfbarkeit der Subsumtion auseinandergesetzt. Sie gehen davon aus, daß die richterliche Tätigkeit sich bei der Subsumtion in Urteilen vollziehe; diese seien in „tatsachenfeststellende" und „tatsachenbewertende" Urteile zu scheiden; hiervon seien die tatsachenfeststellenden Urteile irrevisibel, die andern hingegen revisibel[83]).

Pohle versteht unter Tatsachenurteilen solche, die sich darauf beschränken, „Wirklichkeit", d. h. das Bild, welches das menschliche Bewußtsein sich von der Wirklichkeit macht, ohne weitere als zu ihrer Wesensbestimmung nötige gedankliche Arbeit wiederzugeben[84]). Mannheim hingegen will Urteile die Sinneswahrnehmungen allgemeiner Art wie „rot", „süß", „schnell" usw. enthalten, ferner auch Feststellungen, daß „Bewußtsein", „Wille", „Absicht" gegeben seien, als

[81]) Vgl. Stein, Grundriß S. 327; ferner JW 1922, 225 Anm. zu 1); Stein-Jonas § 549 III B.

[82]) Vgl. Mannheim S. 33 und Drost S. 68 sowie das dort in Anm. 190 aufgeführte Schrifttum.

[83]) Mannheim S. 10, 61; Mezger S. 178, 190; Pohle S. 27, 28, 38.

[84]) Vgl. Pohle aaO.

Tatsachenfeststellungen angesehen wissen, während er als Bewertungen anspricht, ob etwas ein „Geheimnis", eine „unlautere Machenschaft", „Entführung" ist, ob jemand „fahrlässig" oder „pflichtwidrig" gehandelt hat [85]).

Mezger sieht das Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Arten der Urteile in dem Zweck, den sie verfolgen: „Tatsachenurteil ist ein Urteil, welches Erkenntnis objektiv gegebener Tatsachen körperlicher oder physischer Art bezweckt. Sein charakteristisches Merkmal empfängt das Tatsachenurteil aus dem den Urteilsdenkakt leitenden Zweck, dem Erkenntnisinteresse. Das Tatsachenurteil reicht soweit und nur soweit, wie dieser auf ein objektiv Gegebenes gerichteter Erkenntniszweck." Diesem Urteil stellt er das Werturteil gegenüber, „welches nicht Erkenntnis, Wiedergabe einer objektiv gegebenen Wirklichkeit, sondern willensmäßige Neuschöpfung bezweckt" [86]), so hält er z. B. für keine Tatsachenfeststellung das Urteil des Richters, daß der Angeklagte geisteskrank sei, maßgebend sei für den Revisionsrichter lediglich die einzelnen Tatsachen, die der Diagnose zugrunde liegen, und die in ihr festgestellt sein sollen [87]).

Diese Ansicht Mannheims, Mezgers und Pohles, daß alle Urteile des Richters revisibel seien, soweit sie wertender Natur sind, ist abzulehnen. Denn erstens läßt sich eine Trennung zwischen tatsachenfeststellenden und tatsachenbewertenden Urteilen nicht durchführen, da jedes Urteil seinem Wesen nach bereits eine Wertung in sich birgt. Auch Mannheim gibt im übrigen zu, daß eine Scheidung auf Schwierigkeiten stoße, weil die wertenden Elemente aus dem Reich der Tatsachenfeststellung schwer vollständig zu vertreiben seien. Aber er sagt dann weiterhin: „Uns zwingt hauptsächlich die Notwendigkeit, überhaupt ein Gebiet für die irrevisible Tatsachenfeststellung zu retten, dazu, allgemeine Sinneswahrnehmungen wie „rot", „süß" und dergl. aus dem Bereich der Werturteile herauszunehmen. Und schließlich sind diese Begriffe immerhin doch auch etwas anderes als etwa die Begriffe pflichtwidrig, kausal, gefährlich und vor allem der Wertbegriff selbst, obwohl auch jene Begriffe zum großen Teil zweifellos Wertungen enthalten".[88])

In gleicher Weise muß Mezger anerkennen, daß die Tatsachenurteile ebenfalls Wertungen enthalten; so führt er aus [89]): „Der Revisionsrichter ist nicht gebunden durch Aussagen des Unterrichters, soweit in ihnen Werturteile irgendwelcher Art enthalten sind. Hierbei ist folgendes zu berücksichtigen. Für den Ausdruck der cognitiven — tatsachenfeststellenden — wie der emotional-volitiven — tatsachenbewertenden — Geistestätigkeit steht dem Richter gleichermaßen allein das Mittel der Sprache zur Verfügung. Die Sprache aber kennt in den meisten Fällen den scharfen Unterschied zwischen cognitivem

---

[85]) Mannheim aaO.
[86]) Vgl. Mezger S. 84.
[87]) S. 190.
[88]) Vgl. Mannheim S. 62.
[89]) Mezger, Der psych. Sachv. S. 178 u. Vom Sinn d. strafr. Tatbest. S. 41.

und emotionalem Denken nicht, jedenfalls nicht in der Schärfe, in der wir den Unterschied hier gebrauchen; kaum einem Wort unserer Sprache fehlt die Klangfarbe eines Werturteils irgendwelcher Art." [90]).

Zweitens ist gegen die Meinung, daß alle Feststellungen, die wertender Natur sind, nachprüfbar seien, einzuwenden, daß sie sich mit einer sinnvollen Auffassung der im Gesetz normierten dritten Instanz nicht vereinbaren läßt. Führt man nämlich diese Ansicht folgerecht durch, so kommt man zu dem Ergebnis, daß nicht nur die Feststellungen des Richters bei der Subsumtion, sondern auch seine Feststellungen bei der Auslegung der Willenserklärungen, der Beweiswürdigung und den Rechtsfolgeermessensfragen überwiegend nachprüfbar sind, da diese ebenfalls unzweifelhaft Wertungen enthalten. Unter diesen Umständen würde aber der oben gekennzeichnete [91]) Zweck des Gesetzes vereitelt werden, durch eine besondere Instanz, der nicht eine Nachprüfung der Feststellungen des Vorderrichters in vollem oder fast völligem Umfang obliegt, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren und die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten [92]).

Aus all diesen Gründen ist den in der Rechtsprechung und im Schrifttum gegebenen Begründungen nicht beizustimmen. Zu einer befriedigenden Lösung unserer Frage kann man nur kommen, wenn man entscheidend in Betracht zieht, daß auch bei der Subsumtionstätigkeit des Richters Ermessensentscheidungen vorliegen, soweit das Gesetz sich nicht eindeutig verhält. Dieser Standpunkt wird von Heilbron und Drost geteilt [93]).

Heilbron will aber diese Ermessensentscheidungen anders behandeln als die Rechtsfolgeermessensentscheidungen. Zur Begründung führt sie an, daß bei der Rechtsfolgeermessensentscheidung das Ermessen ein

[90]) Eine Verschiedenheit der Urteile läßt sich u. E. nur insofern anerkennen, als diese teils berichtender Natur sind, — nämlich, soweit es sich um Vorgänge handelt, die gerichtskundig sind, oder die dem Richter von den Beteiligten entgegengebracht werden, und hinsichtlich deren eine Prüfungs- oder Aufklärungspflicht für ihn nicht besteht — zum anderen Teil beurteilender Natur sind; doch ist hierbei zu beachten, daß die Feststellungen, die in einem Falle nur dem Zweck des Tatsachenberichtens dienen, in einem anderen Falle tatsachenbeurteilend sein können: So etwa die Feststellung, daß eine Fahne rot ist. In einem Prozeß kann diese Ausführung des Richters berichtender Art sein, nämlich wenn die Farbe der Fahne bei allen Beteiligten außer Zweifel steht und die Streitfrage nur darum geht, ob die Fahne in einem geschlossenen Zuge getragen worden ist oder nicht; in einem anderen Prozeß dagegen kann die Feststellung beurteilender Natur sein, nämlich wenn dem Richter gerade die Entscheidung darüber obliegt, ob die Fahne von roter oder von anderer Farbe, etwa orange, ist. (Vgl. hierzu Stein-Jonas ZPO Bd. 1 § 282 II, 1; ferner Rosenberg § 114 II, 2.)

[91]) Vgl. oben S. 4/5, 20/21.

[92]) Gegen Pohle ist ferner geltend zu machen, daß die Feststellung sich nur in den allerwenigsten Fällen treffen läßt, wann Urteile vorliegen, die die Wirklichkeit ohne weitere als zu ihrer Wesensbestimmung nötige gedankliche Arbeit wiedergeben. Seine Lösung bietet daher keine Klarheit, wo das Nachprüfungsrecht des Richters der dritten Instanz beginnt, und wo es seine Grenzen findet.

[93]) Vgl. oben S. 14.

freieres sei; denn hier sei im Sinne des Gesetzes nicht nur eine Entscheidung richtig, sondern es seien mehrere Entscheidungsmöglichkeiten offen, von denen jede dem unmittelbar anzuwendenden Rechtssatz in gleicher Weise entspreche[94]); bei der Subsumtion liege dagegen gebundenes Ermessen vor, hier sei nur eine Entscheidung im Sinne des Gesetzes die richtige[95]). Diese Unterscheidung ist aber nicht gerechtfertigt; denn auch bei der Strafzumessung und bei der Prozeßleitung wie bei den übrigen Rechtsfolgeermessensentscheidungen ist im Einzelfalle nur eine Entscheidung im Sinne des Gesetzes die richtige. Mit Recht weist Laun[96]) darauf hin, daß der Richter, wenn er z. B. innerhalb eines gesetzlichen Strafausmaßes von 1—5 Jahren Kerker 2 Jahre verhänge, nicht behaupten könne, daß 3 oder 4 Jahre ebenso gerecht seien, ebenso dem Gesetz entsprächen.

Besteht demnach kein Grund zwischen dem Rechtsfolge- und Tatbestandsermessen bezüglich der Nachprüfbarkeit zu unterscheiden, so ist auch hier der für die Rechtsfolgeermessensentscheidungen gekennzeichnete Grundsatz zur Anwendung zu bringen: Danach ist die Entscheidung des Richters auch bei der Subsumtion grundsätzlich nicht nachprüfbar, vielmehr hat auch hier das Gericht der weiteren Beschwerde nur einzugreifen, wenn der Richter die Grenzen, die ihm von der Rechtsordnung gesetzt sind, nicht inne gehalten hat[97]).

Aus den gleichen Erwägungen wie beim Rechtsfolgeermessen sind auch hier als Schranken

1) der Sinn und Zweck des Gesetzes und
2) die Anwendung der Denkgesetze und Erfahrungssätze anzusehen.

Prüft man unter diesem Gesichtspunkt die Begründungen der Entscheidungen der drittinstanzlichen Gerichte nach, so läßt sich feststellen, daß viele Entscheidungen im Ergebnis sich mit dem hier vertretenen Grundsatz decken, ohne daß dies allerdings mit voller Klarheit zum Ausdruck kommt: eine Gesetzesverletzung wird angenommen, wenn ein Verstoß gegen Sinn und Zweck einer Vorschrift oder gegen die Denkgesetze und Erfahrungssätze vorliegt. Hier lassen sich vor allem die Entscheidungen

E. 54, 63 u. 65, 72

aber auch

E. 45, 55, 57, 60, 62 u. 64, 73 u. a.

anführen.

---

[94]) S. 14.
[95]) S. 15 und 67.
[96]) S. 259.
[97]) Vgl. Drost S. 55, 67. Siehe oben S. 21.

IV. Die Nachprüfbarkeit der Beweiswürdigung.

a) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht.

Zu den Ermessensentscheidungen gehört drittens das Gebiet der Beweiswürdigung. Im allgemeinen wird zwar diese Tätigkeit des Richters im Hinblick auf die Vorschrift des § 561 Abs. 2 ZPO als das Gebiet bezeichnet, welches von vornherein einer Nachprüfung entzogen ist[98]). In neuerer Zeit wird jedoch bisweilen vom Schrifttum und von der Rechtsprechung eine Nachprüfung zugelassen. Hierbei sind folgende Grundsätze entwickelt worden:

1) Auf strafrechtlichem Gebiet ist eine ältere Entscheidung bemerkenswert:

RGSt Bd. 32 S. 165 (I. StS) E. 78.

„Ein Rechtsirrtum wird anzunehmen sein, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist. Ob dies der Fall ist, wird zwar der Revisionsrichter nur unter Zugrundelegung der von dem Instanzrichter getroffenen Feststellung zu beurteilen haben, aber seine Beschränkung geht nicht weiter, als das dem Instanzrichter gewährte Recht, nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden. Der Wortlaut dieser Vollmacht beschränkt die freie Beweiswürdigung auf den konkreten Fall. Allgemeine Erfahrungssätze hat der Richter, auch wenn er, um sie festzustellen, sich der Hilfe Sachverständiger bedient, nicht festzustellen, sondern nur anzuwenden auf die festgestellten konkreten Einzeltatsachen: nur letztere sind der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen."

Ferner ist das Urteil anzuführen:

JW 1927 S. 912 (I. StS) E. 79.

„Allerdings hat die reichsgerichtliche Rechtsprechung anerkannt, daß Verstöße gegen Denkgesetze zur Aufhebung eines Urteils führen können, nämlich dann, wenn das Revisionsgericht infolge solcher Widersprüche überhaupt nicht ersehen kann, in welchen Tatsachen der Vorderrichter die Merkmale der als vorliegend angenommenen Straftat gefunden hat. Im übrigen aber darf die Nachprüfung eines Urteils durch das Revisionsgericht niemals auf das ihm verschlossene Gebiet der Tatsachen führen."

Erwähnung verdienen außerdem folgende Urteile:

JW 1932 S. 3070 (I. StS) E. 80.

„Die Schlußfolgerung des Landgerichts stellt ebenso wie seine anderen Ausführungen bezüglich des Angeklagten E. einen offensichtlichen Verstoß gegen die Denkgesetze dar. Das bloße Leugnen des Stiches mit dem Messer schließt keineswegs aus, daß der Angeklagte in Notwehr gehandelt hat. Sein Ableugnen kann darauf zurückzuführen sein, daß er gefürchtet hat, die Voraussetzungen der Notwehr nicht erweisen zu können."

---

[98]) Vgl. Schlegelberger § 27 Anm. 17; Pohle S. 32.

JW 1929 S. 885 (IV. StS KG) E. 81.

„Der Rechtssatz, daß die Beweiswürdigung nicht nachzuprüfen ist, findet seinen Grund darin, daß dem Revisionsrichter im allgemeinen nicht die Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen, aus denen der Tatrichter seine Ueberzeugungen zu schöpfen vermag. Daraus ergibt sich aber gleichzeitig, daß der Rechtssatz nicht Platz greift, wenn die Erkenntnisquelle des Tatrichters in gleicher Weise dem Revisionsgericht offen steht, insbesondere bei Erfahrungstatsachen.

2) Auf zivilrechtlichem Gebiet liegt folgende Entscheidung:

JW 1932 S. 3618 (IX. ZS) E. 82.

„Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung mit der Begründung, daß der von der Klägerin behauptete Hergang des Unfalls nicht bewiesen sei und auch nicht ein solches Maß von Wahrscheinlichkeit für sich habe, daß es gerechtfertigt wäre, der Klägerin den Eid über den Hergang anzuvertrauen. Grundsätzlich ist allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, für das Revisionsgericht bindend. Aber das Berufungsgericht setzt sich bei seiner Beweiswürdigung in Widerspruch mit allgemeinen Erfahrungssätzen. — Die Verletzung dieser Normen kann nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts die Revision stützen."

Danach wird eine Nachprüfbarkeit der grundsätzlich nicht für revisibel gehaltenen Beweiswürdigung bejaht,

wenn ein Verstoß gegen Denkgesetze vorliegt (wenn das Revisionsgericht infolge der im Urteil befindlichen Widersprüche nicht ersehen kann, in welchen Tatsachen der Vorderrichter die Merkmale der angenommenen Straftat gefunden hat),

vgl. E. 79, 80.

wenn gegen Erfahrungssätze verstoßen ist,

vgl. E. 81, 82.

b) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

In der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind Nachprüfungen der Beweiswürdigung äußerst selten. In dieser Hinsicht lassen sich nur folgende zwei Entscheidungen anführen:

KGJ Bd. 45 S. 89 E. 83.

„Das Kammergericht hat ausgeführt, daß, wenn jemand, der bisher einen einfachen bürgerlichen Namen geführt hat, diesem die Partikel „von" hinzufügt, eine so starke Vermutung für die Annahme, es sei mit der Namensänderung die Beifügung eines Adelsprädikats beabsichtigt spreche, daß nur bei dem Vorliegen besonderer Umstände die Annahme begründet sei, die Namensänderung habe lediglich den Zweck der Beilegung eines anderen bürgerlichen Namens gehabt. Dieser Ausspruch beruht nicht, wie die Beschwerdeführer anzunehmen scheinen, auf einer dem Gericht der weiteren Beschwerde entzogenen tatsächlichen Würdigung der Verhältnisse des vorliegenden Falles, sondern knüpft an die allgemeine Lebenserfahrung an und rügt als Gesetzesverletzung, daß das Landgericht sie außer Acht gelassen habe."

BayOLG Bd. 24 S. 256 E. 84.

„Ob und wie ein Gericht unterer Instanz eine Tatsache für erwiesen erachten will, steht ausschließlich in dessen Ermessen. Nur muß das Gericht sich bei der Ausübung dieses Ermessens innerhalb der Schranken des Gesetzes und vernünftiger und folgerichtiger Erwägungen halten."

Danach wird auch hier bei der Beweiswürdigung eine Nachprüfung zugelassen,

wenn der Richter sich nicht innerhalb vernünftiger und folgerichtiger Erwägungen gehalten hat (sich nicht innerhalb der Schranken des Gesetzes gehalten hat),

vgl. E. 84

vgl. oben E. 79, 80.

oder

wenn eine allgemeine Lebenserfahrung nicht beachtet ist.

vgl. E. 83

vgl. oben E. 81, 82.

c) Das Schrifttum und eigene Stellungnahme.

Im Schrifttum wird zum Teil eine Ausdehnung des Nachprüfungsrechts auch auf die Beweiswürdigung unbedingt abgelehnt. So meint Stein[99]): „Mag der untere Richter von dem tollen Satz ausgegangen sein, daß ein Zeuge nach 3 Jahren noch den genauen Wortlaut einer zweistündigen politischen Rede im Kopf haben könne oder den Kausalzusammenhang zwischen einer Ohrfeige und dem 8 Tage später eingetretenen Herzschlage angenommen haben: In allen diesen Beziehungen ist er von rechtlichen Schranken und damit von jeder Nachprüfung in der Revisionsinstanz frei."

In neuerer Zeit gewinnt jedoch in Uebereinstimmung mit den angeführten Entscheidungen die Ansicht immer mehr an Raum, daß auch die richterliche Freiheit bei der Beweiswürdigung nicht schrankenlos sei. In erster Linie wird darauf hingewiesen, daß die Tätigkeit des Richters dann nachprüfbar sei, wenn eine Rechtsnorm über das Verfahren verletzt wird, wenn z. B. durch Widersprüche in den Urteilsfeststellungen bzw. zwischen den Urteilsgründen und der Urteilsformel die Vorschrift des § 267 StPO verletzt wird[100]). Die Richtigkeit dieser Ansicht bedarf keiner weiteren Erörterung.

Für uns fragt es sich nunmehr, ob auch sonst dem Richter wie bei den anderen Ermessensentscheidungen Schranken gesetzt sind. Dies ist zu bejahen; denn in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der Richter nicht an das Vorbringen der Parteien gebunden, sondern hat von Amts wegen tätig zu werden (§ 12 FGG). Das Ziel der Beweiswürdigung ist hier daher die wahrheitsgemäße Aufklärung des Sachverhalts und die Erforschung aller für die zur Entscheidung stehende Frage maßgeblichen Umstände. Zwar ist nun gemäß der auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit geltenden Bestimmung des

[99]) Vgl. Priv. Wiss. S. 110, 111; ferner auch Mannheim, Beitr. S. 75; neuerdings a. A. in JW 1928 S. 2164 Anm. zu 30

§ 561 Abs. 2 ZPO der Richter der Dritten Instanz nicht befugt, die einzelnen Tatsachenfeststellungen auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Aber dieser Satz muß darin seine Grenze finden, daß der Richter hierbei nicht die Regeln außer Acht lassen darf, deren Anwendung ein unbedingtes Erfordernis für die wahrheitsgemäße Ermittlung eines Sachverhalts sind. Der Richter muß daher bei seinen Feststellungen nach logischen Regeln und unter Anwendung der Erfahrungssätze vorgehen. Tut er dies nicht, so überschreitet er die ihm von der Rechtsordnung bei der Beweiswürdigung gesetzten Grenzen und verletzt damit das Gesetz [101]).

V. Die Nachprüfbarkeit der Auslegung.

a) Der Begriff der Auslegung.

Im letzten Abschnitt soll schließlich zur Nachprüfbarkeit der Auslegung von Erklärungen Stellung genommen werden, da auch auf diesem Gebiet das Gesetz keinen Anhaltspunkt für das Nachprüfungsrecht der Dritten Instanz gibt. Unter der Auslegung einer Erklärung — sei es strafrechtlicher, sei es zivilrechtlicher Art — ist die Deutung ihres Sinnes zu verstehen [102]). Von einigen Schriftstellern wird die Auslegung der Subsumtion gleichgesetzt und demgemäß auch die Frage der Nachprüfbarkeit beantwortet. So führt Danz [103]) aus: „Die Feststellung der Tatsachen endigt bei dem Rechtsgeschäft mit der Feststellung der konkreten Worte oder anderen Willensäußerungen, welche als Mittel der Erklärung gelten. Die Feststellung der Bedeutung dieser Erklärungsmittel, ihres Sinnes ist Auslegung und gehört der Rechtsfrage an, weil mit der Auslegung zugleich die im einzelnen Fall eingetretene Rechtsfolge festgestellt wird." Einen ähnlichen Standpunkt scheinen Stein-Jonas einzunehmen [104]): „Als eine der Subsumtion, nicht der Tatsachenfeststellung angehörige Denkoperation gehört zur Aufgabe des Revisionsrichters auch die Auslegung von Rechtsgeschäften". Diese Gleichsetzung ist aber nicht zu rechtfertigen, denn die Auslegung befaßt sich nur mit der Sinndeutung der Erklärung, noch nicht aber mit der Frage, ob diese Erklärung den Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt; die Auslegung geht vielmehr der Subsumtion voran [105]).

Andererseits ist die Auslegung auch von der Beweiswürdigung zu trennen. Dies wird von Mannheim nicht genügend beachtet. Nach seiner Meinung [106]) [107]) kann die Auslegung dazu dienen, die Willens-

---

[100]) Vgl. Pagendarm S. 24; ferner E. 79.
[101]) Vgl. hierzu Alsberg in JW 1932 S. 3070 Anm. zu 18, der allerdings keine Schranken der Freiheit bei der Beweiswürdigung im einzelnen bezeichnet; vgl. ferner Mezger, S. 181.
[102]) Vgl. Danz 2. Aufl., S. 2.
[103]) S. 196 (3. Aufl.).
[104]) ZPO § 549 Anm. zu III B 4.
[105]) Vgl. Oertmann S. 499; Mannheim S. 77.
[106]) S. 77.
[107]) Im Anschluß an Mannheim trennt auch Pohle (S. 8) zwischen diesen beiden Arten von Auslegung.

richtung des Aeußernden zu ermitteln oder aber den objektiven Sinn einer Aeußerung zum Zweck der Subsumtion zu erforschen. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Ermittlung des Willens dem Gebiet der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung angehört; diese Tätigkeit hat daher mit der Auslegung noch nichts zu tun[108]).

Wie in den vorhergehenden Abschnitten sollen auch hier die Grundsätze der Rechtsprechung und des Schrifttums dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

b) Die Rechtsprechung im Straf- und Zivilprozeßrecht.

1) Unter den Entscheidungen, die sich mit der Auslegung strafrechtlicher Gedankenäußerungen befassen, verdient besondere Beachtung die Entscheidung in

RGSt Bd. 61 S. 153 = JW 1928 S. 1225 (I. StS) E. 85.

„Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der Frage, ob und inwieweit die Auslegung von Gedankenäußerungen der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt, ist nicht einheitlich. Vielfach finden sich Wendungen, die erkennen lassen, oder wenigstens den Anschein erwecken, daß eine solche Nachprüfung schlechthin für unzulässig erachtet worden ist. Häufig ist aber die Wendung, die Auslegung liege im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, nur dahin zu verstehen, daß die Auslegung in bedenkenfreier Weise auf unanfechtbar festgestellte Tatsachen begründet und eben wegen der Bedenkenfreiheit der Auslegungstätigkeit des Tatrichters der Entscheidung zugrunde zu legen sei. In manchen Entscheidungen ist endlich auch klar zum Ausdruck gebracht, daß der Auslegungsvorgang als nicht bedenkenfrei zu erachten ist, nämlich wenn die Schlußfolgerung, auf der die Auslegung beruht, entweder einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze, Denkgesetze oder Auslegungsregeln erkennen läßt.

Diesen Standpunkt schließt sich der erkennende Senat an. Die Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungssätze, Denkgesetze und Auslegungsregeln fällt nicht in das Gebiet der durch § 261 StPO dem Tatrichter vorbehaltenen Beweiswürdigung und der hierauf gestützten Feststellung von Tatsachen, da jene Sätze eines Beweises nicht bedürftig sind; sie gehört vielmehr zur „richtigen Anwendung" der Rechtsnormen auf die festgestellten Tatsachen, die das Revisionsgericht nach § 337 StPO nachzuprüfen hat."

Ferner sind hier zu erwähnen:

RGSt Bd. 62 S. 145 (II. StS) E. 86.

„Der Sinn des beanstandeten Gedichts war lediglich von dem Tatrichter festzustellen. Ohne Rechtsirrtum hat die Strafkammer es dahin ausgelegt, daß die Steinklopfer, also Arbeiter, darin öffentlich angereizt werden, unter Anwendung von Gewalt gegen die besitzende Klasse sich bessere Lebensbedingungen zu verschaffen. Damit ist der Tatbestand des § 130 StGB erfüllt. Auf die Behauptung, daß der Inhalt des Gedichts anders hätte ausgelegt werden müssen, kann die Revision nicht gestützt werden."

---

[108]) Vgl. Oertmann S. 501.

JW 1930 S. 1212 (II. StS) E. 87.

„Die Auslegung des Schöffengerichts läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie berücksichtigt den Zusammenhang der Worte, verstößt nicht gegen allgemeine Auslegungsregeln oder gegen die Denkgesetze und ist daher gemäß § 337 StPO für das Revisionsgericht bindend."

2) Zur Auslegung von Aeußerungen, die den Tatbestand der Beleidigung betreffen, wird Stellung genommen in

JW 1932 S. 3653 (OLG Dresden) E. 88.

„Es ist Sache des Tatrichters, den Sinn und die Bedeutung der Kundgebung des Angeklagten zu erforschen. An die Auslegung ist das Revisionsgericht aber nur gebunden, soweit sie nicht von Rechtsirrtum beeinflußt ist oder wider die Gesetze des Denkens oder den Sprachgebrauch verstößt."

Aehnliche Gedankengänge finden sich in

JW 1928 S. 2164 (OLG Dresden) E. 89

und

JW 1930 S. 2236 (OLG Dresden) E. 90.

Ferner verdient Beachtung die Entscheidung

JW 1930 S. 2546 (I. StS) E. 91.

„Wenn nun auch die Auslegung von Gedankenäußerungen im wesentlichen tatsächlicher Natur und insoweit der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen ist, so muß der Tatrichter doch in Fällen, in denen die Auslegung über den Wortlaut hinausgreift und verschiedene Möglichkeiten der Deutung bestehen, dem Revisionsgericht erkennbar machen, daß er — entsprechend der Vorschrift des § 155 Abs. 2 StPO — sich jene Möglichkeiten vor Augen gehalten und auf Grund unanfechtbar festgestellter Tatsachen ohne Rechtsirrtum und ohne Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze, Denkgesetze und Auslegungsregeln zu der von ihm angenommenen Auslegung gelangt ist."

Dagegen heißt es in

JW 1926 S. 1173 (III. StS) E. 92.

„Ob die den Gegenstand der Verurteilung bildenden Aeußerungen, wie „das hohe staatliche Institut", „Unfehlbarkeit" den Ausdruck bewußter Mißachtung enthielten, war Sache der tatsächlichen Auslegung. Insoweit steht dem Revisionsgericht keine Nachprüfung zu."

Eine Nachprüfung ohne jede Stellungnahme schließlich wird vorgenommen in

RGSt Bd. 39 S. 399 (I. StS) E. 93.

3) Um die Auslegung von Verträgen handelt es sich bei folgenden Entscheidungen:

RGZ Bd. 100 S. 136 (III. ZS) E. 94.

„Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung ist unzulässig. Sie widerspricht dem klaren Wortlaut der Bestimmung, die nur vom Bewerkstelligen der Lieferung, nicht aber von der Höhe und Angemessenheit des Preises spricht, und damit auch ihrem Sinn, wie ihn der Kläger verstehen mußte, und wie er infolgedessen nach Treu und Glauben gemäß § 157 BGB auch nur verstanden werden darf."

RGZ Bd. 131 S. 343 (VI. ZS) E. 95.

„Die Auslegung hängt im allgemeinen von der tatsächlichen Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ab und ist daher dem Tatrichter vorbehalten. Für ein Eingreifen des Revisionsgerichts ist im wesentlichen nur dann Raum, wenn entweder gegen gesetzliche Auslegungsgrundsätze oder gegen die Denkgesetze verstoßen worden ist, oder wenn die Auslegung des Tatrichters mit dem klaren Sinn des Vertrages in Widerspruch steht."

RGZ Bd. 136 S. 127 (IV. ZS) E. 96.

„Die Bestimmung des Vertrages war, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, der Auslegung fähig. Die von ihm vorgenommene Auslegung ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend."

In gleichem Sinne heißt es in

RGZ Bd. 103 S. 415 (II. ZS) E. 97.

und

RGZ Bd. 111 S. 279 (VI. ZS) E. 98.

Eine Nachprüfung dagegen ohne jede Begründung wird vorgenommen in

RGZ Bd. 98 S. 141 (II. ZS) E. 99.
RGZ Bd. 99 S. 154 (III. ZS) E. 100.
RGZ Bd. 104 S. 201 (II. ZS) E. 101.

4) In diesem Zusammenhang verdient eine Entscheidung über die Auslegung einer sogenannten typischen Willenserklärung Erwähnung:

RGZ Bd. 111 S. 278 (VI. ZS) E. 102.

„Die Revision wendet sich gegen die Auslegung, welche der § 17 der Allgemeinen Bedingungen des Vertrages beim Berufungsrichter gefunden hat. Dabei sieht sie in diesen Bedingungen, die von den Regierungen allgemein den Jagdgenossenschaften empfohlen worden seien, sogenannte typische Bedingungen, deren freie Nachprüfung sich das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vorbehalten habe. — Hier erfordert es der Gedanke der Rechtseinheit, daß die Bedingungen nicht von dem einen OLG anders ausgelegt werden als von einem zweiten oder dritten. Hier ist das Reichsgericht als oberste Instanz zur maßgebenden Auslegung berufen."

Im Anschluß an diese Entscheidung wird in neuerer Zeit ständig die Auslegung solch allgemeiner Willenserklärungen vorgenommen, so in

RGZ Bd. 124 S. 330 (VII. ZS) E. 103.
RGZ Bd. 124 S. 343 (VII. ZS) E. 104.
RGZ Bd. 130 S. 55 (VII. ZS) E. 105.
RGZ Bd. 134 S. 82 (VIII. ZS) E. 106.

Auch in den Entscheidungen über die Nachprüfbarkeit der Auslegung fehlt es an einem einheitlichen Grundsatz.

Teilweise wird eine Nachprüfung abgelehnt, und zwar entweder, weil es sich bei der Auslegung um etwas Tatsächliches handle,

vgl. E. 92

weil die vorgenommene Auslegung möglich und daher bindend sei,

vgl. E. 96.

Zum Teil wird sie aber für nachprüfbar gehalten, und zwar entweder ohne jede Rechtfertigung

vgl. E. 93, 99—101

oder unter der Voraussetzung,

daß ein Rechtsirrtum vorliege,

vgl. E. 85, 86, 88, 91

daß ein Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze gegeben sei,

vgl. E. 85, 87, 88, 89, 91, 95

daß gegen eine Auslegungsregel verstoßen sei,

vgl. E. 85, 87, 91, 95

daß der klare Wortlaut und Sinn (der Zusammenhang der Worte) nicht beachtet sei,

vgl. E. 87, 94, 95, 96

und daß eine typische Willenserklärung vorliege.

vgl. E. 102, 103—106.

c) Die Rechtsprechung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

1) Hinsichtlich der Nachprüfung der Auslegung von Testamenten sind als beachtenswerte Entscheidungen zu nennen:

BayOLG Bd. 31 S. 159 E. 107.

„Es ist nicht zu verkennen, daß das nicht vollends klare Testament der Erblasserin gegenüber dem Sachverhalt zwei Auslegungsmöglichkeiten Raum gibt, ohne daß ein Verstoß gegen die in § 133 BGB enthaltenen Auslegungsgrundsätze behauptet werden kann, wenn der einen oder der anderen Auslegung der Vorzug gegeben wird.

Sind aber zwei Auslegungen möglich, so lag es auf tatsächlichem, nicht auf rechtlichem Gebiet, ob diese oder jene Auslegung der Entscheidung zugrunde gelegt werden sollte. Von einer Gesetzesverletzung kann nicht gesprochen werden, wenn das Beschwerdegericht die erstere Auslegung wählte und aus dieser Auslegung die rechtlich richtigen Folgerungen zog."

KGJ Bd. 24 S. 91 E. 108.

„Die Auslegung, welche das Landgericht dem letzten Willen des A. P., daß er zur Erbin seine Frau ernenne, und daß diese die Erbschaft nach ihrem Willen an die Kinder verteilen solle, gegeben hat, konnte nicht entgegen getreten werden. Die Annahme, daß der Erblasser nicht seine Ehefrau allein, sondern auch die im Testament im einzelnen nicht näher bezeichneten Kinder zu Erben eingesetzt hat, gründet sich auf die tatsächliche Würdigung des Testamentsinhalts und läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen; die Auslegung ist daher auch für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend."

Bemerkenswert ist ferner

OLG Bd. 40 S. 59 E. 109.

„Die weitere Beschwerde durfte nach § 78 GBO nur darauf gestützt werden, daß das Landgericht das Gesetz verletzt habe. Die hier erhobene ist danach unzulässig, soweit sie sich darauf stützt, daß nach dem Testament der Frau A. die eingetragene Nacherbin in Wahrheit nicht Nacherbin sei. Denn dies wird hergeleitet aus dem Inhalt des Testaments und dessen Auslegung."

Dagegen werden Auslegungen von Testamenten ohne Rechtfertigung vielfach vorgenommen, so in

BayOLG Bd. 19 S. 100 E. 110
BayOLG Bd. 19 S. 143 E. 111
BayOLG Bd. 29 S. 25 E. 112
BayOLG Bd. 20 S. 55 E. 113
BayOLG Bd. 21 S. 90 E. 114

2) Aehnliche Grundsätze finden sich bei der Auslegung anderer erbrechtlicher Urkunden.

BayOLG Bd. 31 S. 283 E. 115.

„Die Auslegung von Urkunden über Rechtsgeschäfte unterliegt der Nachprüfung durch das Gericht nur nach der Richtung, ob das Ergebnis der Auslegung unter Verletzung der Rechtsnormen über die Auslegung von Willenserklärungen gewonnen worden ist. Soweit die Auslegung der Willenserklärung der Vertragsteile sich auf tatsächlichem Gebiet bewegt, ist sie für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend. Die von dem Beschwerdegericht dem Erbvertrag gegebene Auslegung läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen."

KGJ Bd. 32 S. 197 E. 116.

„Frau D. hat die Vollmacht ausdrücklich „für sich und ihre Erben" ausgestellt. Dieser Ausdruck ist in der Praxis und Literatur stets in dem Sinn verstanden, daß der Bevollmächtigte auch zur Vertretung der Erben berechtigt sein solle. Eine andere Auslegung ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn möglich."

Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhange außerdem

OLG Bd. 38 S. 12 E. 117.

„Die Auslegung von Willenserklärungen mit der weiteren Beschwerde ist nur anfechtbar, wenn das Landgericht die Denkgesetze oder gesetzliche Auslegungsregeln verletzt oder die Möglichkeit einer in Betracht kommenden anderen Auslegung überhaupt nicht berücksichtigt oder einen Umstand, der für die Auslegung in Betracht kommt und geltend gemacht war, übersehen hat."

BayOLG Bd. 32 S. 465 E. 118.

„Obwohl es sich um die Auslegung einer Willenserklärung, also um eine tatsächliche Feststellung handelt, ist der Senat nicht daran gebunden, da die Auslegung des Beschwerdegerichts erkennbar auf einem Rechtsirrtum beruht. Das Beschwerdegericht ist von einem zu formalen Gesichtspunkt ausgegangen, ist zu sehr am Wortlaut haften geblieben und hat nicht den erkennbaren wahren Willen des Erklärenden erforscht."

3) Mit der Auslegung von Verträgen befassen sich die beiden Entscheidungen:

BayOLG Bd. 3 S. 244 E. 119.

„Die hier im Wege der Vertragsauslegung gewonnene Feststellung des Sinnes der Vertragsurkunde ist eine tatsächliche und mit der Revision nur dann angreifbar, wenn das Ergebnis der Auslegung unter Verletzung der Rechtsnormen über die Auslegung von Willenserklärungen oder der Gesetze der Logik gewonnen worden wäre."

KGJ n. F. Bd. 8 S. 350 E. 120.

„In sachlicher Beziehung erachtet der Senat eine Gesetzesverletzung für gegeben, als die Vorderrichter sich auf den Standpunkt stellen, daß die Parteivereinbarungen einen Anspruch des Gläubigers auf Verzugszinsen nur in Höhe von 2 v. H. rechtfertigen, und es deshalb abgelehnt haben, die Vollstreckungsklausel nach der begehrten Höhe von 10 v. H. Verzugszinsen zu erteilen. Für eine Auslegung in diesem Sinn ist nach dem völlig klaren Wortlaut und Sinn der Urkunde kein Raum."

Auch hier begegnen wir den bei der Revision festgestellten Grundsätzen:

Teilweise wird eine Nachprüfbarkeit abgelehnt und zwar entweder,

weil die Auslegung nicht nachprüfbar sei,
vgl. E. 109
vgl. oben E. 92

weil mehrere Auslegungen möglich seien.
vgl. E. 107
vgl. oben E. 96.

Zum Teil werden die Entscheidungen dagegen für nachprüfbar erklärt, und zwar auch hier manchmal ohne jede Begründung
vgl. E. 110—114
vgl. oben E. 93, 99—101,

oder unter der Bedingung,
daß die Auslegung auf einem Rechtsirrtum beruhe,
vgl. E. 108, 115, 118
vgl. oben E. 85, 86, 88, 91

daß ein Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze vorliege,
vgl. E. 117, 119
vgl. oben E. 85, 87, 88, 89, 91, 95

daß ein Verstoß gegen eine Auslegungsregel vorliege,
vgl. E. 117
vgl. oben E. 85, 87, 91, 95

daß gegen den Sinn und Wortlaut der Erklärunng verstoßen sei,
vgl. E. 116, 120
vgl. oben E. 87, 94—96.

d) Das Schrifttum und die eigene Stellungnahme.

Vereinzelt wird in Uebereinstimmung mit E. 92 und 109 auch im Schrifttum eine Nachprüfung ohne Ausnahme abgelehnt, und zwar mit der Begründung, daß die Auslegung tatsächlicher Natur sei, so von Schneider-Ehart[109]. Daß dieser Ansicht nicht zugestimmt werden kann, bedarf keiner näheren Erörterung; insoweit kann auf die früheren Darlegungen bei den Ermessensentscheidungen Bezug genommen werden[110].

Vielfach wird dagegen mit E. 93, 99—101, 111—118 erklärt, daß die Auslegung ohne jede Einschränkung nachprüfbar sei. Mannheim[111] geht auch hier davon aus, daß alle Urteile, die wertenden Charakter haben, nachprüfbar seien; diese Voraussetzung träfe für die Auslegung zu, soweit es sich um die Sinndeutung einer Aeußerung handele. Mit ähnlichen Begründungen bejaht Manigk[112] die Nachprüfbarkeit der Auslegung. Aber aus dem gleichen Grunde wie bei den Ermessensentscheidungen ist auch hier eine Erweiterung des Nachprüfungsrechts in diesem Umfange nicht mit dem Zweck des drittinstanzlichen Rechtsmittels in Einklang zu bringen und daher abzulehnen.

Auch bei der Auslegung beansprucht vielmehr der von uns oben für das Nachprüfungsrecht des drittinstanzlichen Gerichts vertretene Grundsatz Geltung; auch die Auslegung ist grundsätzlich nicht nachprüfbar, das Gericht der weiteren Beschwerde hat nur zu prüfen, ob der Vorderrichter die von ihm von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen innegehalten hat[113].

Dieser Standpunkt wird in seinen Grundzügen bereits verschiedentlich im Schrifttum der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Revisionsrechts geteilt[114].

Hinsichtlich der Frage, welche Schranken im einzelnen für den Richter bestehen, stellen es viele darauf ab, ob gesetzliche Auslegungsregeln verletzt sind, so z. B. im Zivilprozeßrecht Wach[115] und Oertmann[116]. Da aber die gesetzlichen Auslegungsregeln Rechtsnormen im Sinne des § 27 FGG sind, so ist die Nachprüfbarkeit bei ihrer Verletzung selbstverständlich.

Es gilt darüber hinaus auch hier festzustellen, in welchen Fällen eine Gesetzesverletzung vorliegt, ohne daß eine andere Rechtsnorm verletzt wird. Im Schrifttum hält Arnheim[117] die weitere Beschwerde für zulässig, wenn die Auslegung einer Urkunde gegen den klaren

[109]) § 27 Anm. 6.
[110]) Siehe oben S. 14 u. 20.
[111]) S. 77.
[112]) S. 189 ff.
[113]) Vgl. oben S. 21 und S. 37.
[114]) Vgl. Schlegelberger § 27 Anm. 18; Arnheim § 78 Anm. 3; Keidel § 27 Anm. 9; Güthe-Triebel § 78 Anm. 8; Predari § 78 S. 712.
[115]) Vorträge S. 290; JW 1881 S. 74, 80.
[116]) Rechtsordn. u. Verkehrss. S. 501; ferner Hellwig § 239 III 3b u. Sydow-Busch-Krantz § 550 Anm. 2.
[117]) § 78 Anm. 3.

Wortlaut derselben verstößt, oder wenn ein unmöglicher Vertragsinhalt angenommen wird. Oetker[118]) führt zu diesem Punkt aus: „Die Auslegung des Vorderrichters ist aufzuheben, wenn sie einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemein feststehende Erfahrungssätze, Denkgesetze oder Auslegungsregeln enthält. Diesen Ansichten ist durchaus beizustimmen.

1) Eine Schranke ist dem Richter durch den Wortlaut und den Inhalt der Erklärung gesetzt; denn er darf keine Auslegung vornehmen, die sich mit dem Wortlaut und dem Inhalt der Aeußerung nicht in Einklang bringen läßt. Ferner ist ein Verstoß gegen diese Schranke zu bejahen, wenn der Inhalt einer Erklärung mehrere Möglichkeiten einer Auslegung bietet, dies vom Richter aber verkannt wird[119]).

2) Eine weitere Schranke ist auch hier dem Richter in dem Gebot der Anwendung der Erfahrungssätze und Denkgesetze gesetzt[120]).

Diese allgemeinen Darlegungen über die Nachprüfbarkeit der Auslegung müssen auch in den Fällen Anwendung finden, wo es sich um die sog. typischen Willenserklärungen handelt. Die Zivilsenate des Reichsgerichts haben ihre Nachprüfung damit gerechtfertigt, daß die Rechtseinheit eine Nachprüfung erfordere. Diese Ansicht findet im Gesetz aber keinerlei Stütze. Das Reichsgericht hat damit auch wohl nur einen Weg finden wollen, um in den wichtigsten Fällen von dem sonst von ihm vertretenen Standpunkt, daß die Auslegung nicht oder nur bei Verletzung von gesetzlichen Auslegungsregeln nachprüfbar sei, abweichen zu können. Für eine solche Stellungnahme liegt aber kein Bedürfnis mehr vor, wenn man der Dritten Instanz in dem hier dargelegten Umfange ein Nachprüfungsrecht zuerkennt.

Ueberblickt man nunmehr zusammenfassend die in den einzelnen Abschnitten behandelten Probleme, so ist festzustellen, daß eine einheitliche Auffassung über das Nachprüfungsrecht der dritten Instanz in den Entscheidungsgründen der drittinstanzlichen Gerichte nicht zu finden ist. Auf dem Gebiet des Revisionsrechts sind in neuerer Zeit mannigfache Wege gegangen worden, um diese Probleme zu einer befriedigenden Lösung zu bringen. In der vorliegenden Abhandlung ist für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und zwar auf Grund einer großen Anzahl von Entscheidungen und unter Berücksichtigung insbesondere der neueren Erkenntnisse des Revisionsrechts, ein Grundsatz entwickelt worden, der in einheitlicher Weise die Grenzen zwischen dem nachprüfbaren und dem nicht nachprüfbaren Teil für die weitere Beschwerde bei der Beweiswürdigung, bei dem Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen sowie bei

---

[118]) JW 1928 S. 1225 Anm. zu 23.
[119]) Vgl. oben E. 87, 94, 95, 96 und 116 und 120.
[120]) Vgl. oben E. 85, 87, 88, 89, 91, 95, 117 und 119.

der Auslegung aufweisen soll: „Die Entscheidungen des Vorderrichters sind grundsätzlich nicht nachprüfbar, das Gericht der weiteren Beschwerde hat aber einzugreifen, wenn die von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen verletzt worden sind".

Demgemäß haben wir eine Gesetzesverletzung angenommen, wenn der Wortlaut der anzuwendenden Rechtsnorm selbst oder die Bestimmungen einer anderen Rechtsnorm nicht beachtet sind. Darüber hinaus haben wir weitere Schranken des Richters kennen gelernt: er verletzt das Gesetz, wenn er

1. gegen den Sinn und Zweck einer Vorschrift,
2. gegen den Sinn und Wortlaut einer Erklärung,
3. gegen die Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.

LITERATUR

Arnheim, Kommentar zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl., 1913.

Baumbach, Zivilprozeßordnung. 6. Aufl., 1931.

Beling, Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Strafprozeß, in Festschrift für K. Binding, Bd. 2, S. 89 ff., 1911.

Boyens, Grenze zwischen Tat- und Rechtsfrage in der Rechtsprechung der Zivilsenate am Reichsgericht in den ersten 25 Jahren des Reichsgerichts, im Sonderheft des Sächs. Arch. für deutsches bürgerliches Recht, 1904.

Carlebach, Kommentar zu dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1913.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 1.—3. Aufl., 1911.

Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1899.

Drost, Das Ermessen des Strafrichters, 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allg. Teil von Nipperdey, Bd. I, 13. Aufl., 1931.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1931.

Flatow-Joachim, Arbeitsgerichtsgesetz, 1928.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl., Bd. II, 1926.

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtsgrundlage, 1925.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht. 2. Aufl., 1923.

Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

Grünberg, Die Revision im Zivil- und Strafprozeßrecht mit einem Exkurs über die französische Kassation, Erlang. Diss. 1921.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl., 1929.

Heilbron, Das freie, pflichtmäßige Ermessen des Richters, 1929.

Heinsheimer, Die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung und die Aufgaben der Revisionsinstanz, in Festschrift für Franz Klein, S. 133 ff., 1914.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1912.

Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913.

Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich und Preußen, 1902.

Keidel, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1911.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. II, 5. Aufl., 1911.

Laun, von, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.

Laun, von, Zum Problem des freien Ermessens, in Festschrift für Ernst Zitelmann, 1913.

Lent, Freiwillige Gerichtsbarkeit, in Kohler-Kaskel. Enzyklopädie, Bd. 19, 1925.

Lent, Grundriß der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1922.

Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, in Arch. ziv. Prax., Bd. 120, S. 14 ff., 1922.
Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1929.
Manigk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen mit Beiträgen zur Methodik der Tat- und Rechtsfrage, in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. 6, S. 123 ff., 1929.
Mannheim, Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren, 1925.
Mewes, Das Rechtsmittel der Revision, sein Wesen und seine Bedeutung, in Goltd. Arch., Bd. 45, S. 1 ff.
Mezger, Besprechung der Abhandlung von Mannheim, in Zeitschr. f. d. ges. Str. W., Bd. 47, S. 160.
Mezger, Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß, in Arch. ziv. Prax., Bd. 117, Beil. Heft, 1918.
Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift für Traeger, 1926.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, 3. Aufl., 1927.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach Bürgerlichem Recht, 1914.
Pagendarm, Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe, Marburg. Diss. 1928.
v. d. Pfordten, Der Denkverstoß als Revisionsgrund, in Zeitschr. f. Rechtspf. in Bay., Bd. 15, S. 299, 1919.
Pohle, Revision und neues Strafrecht, 1930.
Predari, Die Grundbuchordnung, 1907.
Reichsgerichtsrätekommentar, Bd. I, 6. Aufl., 1928.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., 1931.
Rüger-Siefert, Das badische Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit, 1933.
Rühl, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, 1931.
Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, 3. Aufl., 1927.
Schloßky, Revision wegen Verletzung der Denkgesetze, in Dtsch. Richter Ztg. 1933, Heft 4, S. 103 ff.
Schneider-Ehart, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1932.
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 12. Aufl., Bd. I, 1932; Bd. II, 1933.
Siehr, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1930.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allg. Teil, Bd. I, 9. Aufl., 1925.
Stein, Das private Wissen des Richters, 1893.
Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 2. Aufl., 1924.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Aufl., 1929.
Sydow-Busch-Krantz, Die Zivilprozeßordnung. 20. Aufl., 1930.
Tezner, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, 1924.
Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in ZZP., Bd. 42, S. 104 ff., 1912.
Wach, Die Tat- und Rechtsfrage bei der Revision im Zivilprozeß, in JW., 1881, S. 73 ff.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. (Das Rechtsmittelsystem) S. 243 ff., 1896.

ABKUERZUNGEN

BayrOLG	=	Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
GoltdArch	=	Archiv für Strafrecht, herausgegeben von Goltdammer.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
KGJ	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen, herausgeg. von Johow-Ring.
KGJ. n. F.	=	Jahrbuch für Entscheidungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, herausg. von Ring.
OLG	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. von Mugdan und Falkmann.
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

LEBENSLAUF

Am 23. Februar 1909 wurde ich als dritter Sohn des Studienrats Gotthold Zemlin und seiner Ehefrau Anna, geb. Bastian, in Berlin-Lichterfelde geboren. Seit Ostern 1915 besuchte ich das Realgymnasium und seit Ostern 1918 das Schillergymnasium in Berlin-Lichterfelde. Dort bestand ich im Jahre 1927 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften von 1927—1929 in Halle und von 1929—1931 an der Universität Berlin. Am 5. Juni 1931 legte ich am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 1. Juli 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst als Referendar. Die mündliche Doktorprüfung fand am 28. Februar 1934 statt.

Ehrerbietigster Dank sei an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Schwinge für die Anregung zu dieser Arbeit und die freundliche Förderung ausgesprochen.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen